



Die Anerkennung justiziableer Rechte im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte durch das Bundes- und das kantonale Recht

Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte zuhanden des Lenkungsausschusses EDA/EJPD

Jörg Künzli

Anja Eugster

Alexander Spring

Bern, 21. Februar 2014

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

Swiss Center of Expertise in Human Rights (SCHR)

Schanzeneckstrasse 1, 3001 Bern

Telefon +41 31 631 86 55, evelyne.sturm@skmr.unibe.ch

AUTORENVERZEICHNIS

Prof. Dr. Jörg Künzli

Professor für Staats- und Völkerrecht, Universität Bern; Themenbereichsleiter Polizei und Justiz

lic. iur. Anja Eugster

wissenschaftliche Mitarbeiterin Themenbereich Polizei und Justiz

MLaw Alexander Spring, LL.M

(Ehemaliger) wissenschaftlicher Mitarbeiter Themenbereich Polizei und Justiz

Diese Studie gibt die Meinung der Autorinnen und Autoren wieder und bindet nur das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis	V
Zusammenfassung	1
I. Einleitung	2
1. Auftrag.....	2
2. Aufbau.....	3
II. Direkte Anwendbarkeit und Justiziabilität menschenrechtlicher Garantien.....	4
III. Die schweizerische Praxis zur Rechtsnatur und namentlich zur Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte	5
IV. Die Position menschenrechtlicher Überwachungsorgane zur unmittelbaren Anwendbarkeit der WSK-Rechte	9
1. Stellungnahmen gegenüber der Schweiz.....	9
2. Die Identifikation unmittelbarer Verpflichtungsgehalte der WSK-Rechte	10
V. Diskriminierungsverbote und Gleichheitsgebote	13
1. Diskriminierungsverbot (Art. 2 Abs. 2 Pakt I)	13
2. Gleichheit von Frauen und Männern (Art. 3 Pakt I).....	13
3. Beurteilung.....	14
VI. Recht auf Arbeit (Art. 6 Pakt I)	15
1. Unterlassungspflichten	15
2. Schutzpflichten	16
3. Gewährleistungspflichten	17
4. Beurteilung.....	17
VII. Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen (Art. 7 Pakt I)	18
1. Schutzpflichten	18
2. Gewährleistungspflichten	21
3. Beurteilung.....	21
VIII. Gewerkschaftsfreiheit und Streikrecht (Art. 8 Pakt I)	23
1. Unterlassungspflichten	23
2. Schutzpflichten	25
3. Beurteilung.....	25
IX. Recht auf Soziale Sicherheit (Art. 9 Pakt I).....	26
1. Unterlassungs- und Schutzpflichten	26
2. Minimalverpflichtungen und weitere Gewährleistungspflichten	27
2.1. Praxis des Ausschusses.....	27
2.2. Direkt anwendbare Minimalgehalte in der Schweiz.....	27
2.3. Weitere Gewährleistungspflichten	31
3. Beurteilung.....	34
X. Recht auf Schutz der Familie, der Mütter sowie der Kinder und Jugendlichen (Art. 10 Pakt I).....	35
1. Schutz der Familie.....	35
2. Schutz der Mütter	38
3. Schutz von Kindern und Jugendlichen	38
4. Beurteilung.....	39
XI. Recht auf einen angemessenen Lebensstandard (Art. 11 Pakt I).....	40
1. Unterlassungspflichten	40

2.	Schutzplichten	40
3.	Minimalverpflichtungen	41
4.	Verpflichtungen bei staatlichem Gewahrsam	42
5.	Beurteilung	43
XII.	Recht auf das erreichbare Höchstmass an Gesundheit (Art. 12 Pakt I)	44
1.	Unterlassungspflichten	44
2.	Schutzplichten	45
3.	Minimalverpflichtungen und weitere Gewährleistungspflichten	45
4.	Beurteilung	50
XIII.	Recht auf Bildung (Art. 13 und 14 Pakt I)	51
1.	Unterlassungspflichten	51
2.	Schutzplichten	52
3.	Minimalverpflichtungen	53
3.1.	Recht auf unentgeltlichen Grundschulunterricht	53
3.2.	Chancengleichheit in der Grundschulbildung	54
3.3.	Recht auf diskriminierungsfreien und chancengleichen weiterführenden Unterricht	59
4.	Beurteilung	61
XIV.	Recht auf Teilnahme am kulturellen Leben und am wissenschaftlichen Fortschritt (Art. 15 Pakt I)	62
1.	Kulturelle Rechte	62
2.	Wissenschaftliche Rechte	62
3.	Schutz des geistigen Eigentums	63
4.	Beurteilung	64
XV.	Fazit	65
	Literaturverzeichnis	68
	Verzeichnis der Materialien des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte	69

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
AHV	Alters- und Hinterbliebenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz vom 20. Dez. 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.10
AHVV	Verordnung vom 31. Okt. 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV), SR 831.101
ALV	Arbeitslosenversicherung
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964, SR 822.11
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998, SR 142.31
AsylV 2	Asylverordnung 2 über Finanzierungsfragen (Asylverordnung 2) vom 11. Aug. 1999, SR 142.312
ATSG	Bundesgesetz vom 6. Okt. 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, SR 830.1
AuG	Bundesgesetz vom 16. Dez. 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer, SR 142.20
AVIG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz), SR 837.0
BBl	Bundesblatt
BehiG	Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz) vom 13. Dez. 2002, SR 151.3
BG	Bundesgesetz
BGE	Publizierter Bundesgerichtsentscheid
bGS	bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Appenzell Ausserrhoden
BGS-SO	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Solothurn
BGS-ZG	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Zug
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000, SR 172.220.1
BPV	Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001, SR 172.220.111.3
BR	Bündner Rechtsbuch
BRK	Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dez. 2006

BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, SR 831.40
bzw.	beziehungsweise
E.	Erwägung/en
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation (European Free Trade Association)
EG	Einführungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
ELG	Bundesgesetz vom 6. Okt. 2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, SR 831.30
ELV	Verordnung vom 15. Jan. 1971 über die Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, SR 831.301
EMRK	Konvention vom 4. Nov. 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101
EOG	Bundesgesetz vom 25. Sept. 1952 über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbsersatzgesetz), SR 834.1
EOV	Verordnung vom 24. Nov. 2004 zum Erwerbsersatzgesetz, SR 834.11
ETH-Gesetz	Bundesgesetz vom 4. Okt. 1991 über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen, SR 414.110
EU	Europäische Union
f./ff.	folgende Seite/n
FamZG	Bundesgesetz vom 24. März 2006 über die Familienzulagen (Familienzulagengesetz), SR 836.2
FamZV	Verordnung vom 31. Okt. 2007 über die Familienzulagen (Familienzulagenverordnung), SR 836.21
FDK	Übereinkommen vom 18. Dez. 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, SR 0.108
GDB	Gesetzesdatenbank des Kantons Obwalden
GesG	Gesundheitsgesetz
GS-AI	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Appenzell Innerrhoden
GS-GL	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Glarus
Hrsg.	Herausgeber
ILO	Internationale Arbeitsorganisation (International Labour Organization)

IV	Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung, SR 831.20
i.V.m.	in Verbindung mit
IVV	Verordnung vom 17. Jan. 1961 über die Invalidenversicherung, SR 831.201
Kap.	Kapitel
KRK	Übereinkommen vom 20. Nov. 1989 über die Rechte des Kindes, SR 0.107
KV-AG	Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980, SR 131.227
KV-AI	Verfassung für den Eidgenössischen Stand Appenzell I. Rh. vom 24. Nov. 1872, SR 131.224.2
KV-AR	Verfassung des Kantons Appenzell A. Rh. vom 30. April 1995, SR 131.224.1
KV-BE	Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993, SR 131.212
KV-BL	Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Mai 1984, SR 131.222.2
KV-BS	Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005, SR 131.222.1
KV-FR	Verfassung des Kantons Freiburg vom 16. Mai 2004, SR 131.219
KVG	Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung, SR 832.10
KV-GE	Verfassung der Republik und des Kantons Genf vom 14. Okt. 2012, noch keine SR-Nummer
KV-GL	Verfassung des Kantons Glarus vom 1. Mai 1988, SR 131.217
KV-GR	Verfassung des Kantons Graubünden vom 14. Sept. 2003, SR 131.226
KV-JU	Verfassung der Republik und des Kantons Jura vom 20. März 1977, SR 131.235
KV-LU	Verfassung des Kantons Luzern vom 17. Juni 2007, SR 131.213
KV-NE	Verfassung von Republik und Kanton Neuenburg vom 24. Sept. 2000, SR 131.233
KV-NW	Verfassung des Kantons Unterwalden nid dem Wald vom 10. Okt. 1965, SR 131.216.2
KV-OW	Verfassung des Kantons Unterwalden ob dem Wald vom 19. Mai 1968, SR 131.216.1
KV-SG	Verfassung des Kantons St. Gallen vom 10. Juni 2001, SR 131.225
KV-SH	Verfassung des Kantons Schaffhausen vom 17. Juni 2002, SR 131.223
KV-SO	Verfassung des Kantons Solothurn vom 8. Juni 1986, SR 131.221
KV-SZ	Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010, SR 131.215
KV-TG	Verfassung des Kantons Thurgau vom 16. März 1987, SR 131.228
KV-TI	Verfassung von Republik und Kanton Tessin vom 14. Dez. 1997, SR 131.229
KV-UR	Verfassung des Kantons Uri vom 28. Okt. 1984, SR 131.214

KVV	Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung, SR 832.102
KV-VD	Verfassung des Kantons Waadt vom 14. April 2003, SR 131.231
KV-VS	Verfassung des Kantons Wallis vom 8. März 1907, SR 131.232
KV-ZG	Verfassung des Kantons Zug vom 31. Jan. 1894, SR 131.218
KV-ZH	Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Feb. 2005, SR 131.211
lit.	litera (Buchstabe/n)
LS	Loseblattsammlung des Kantons Zürich
MittelschulG-BE	Mittelschulgesetz vom 27. März 2007, BSG 433.12
MittelschulG-FR	Gesetz über den Mittelschulunterricht vom 11. April 1991, SGF 412.0.1
MittelschulG-GR	Gesetz über die Mittelschulen im Kanton Graubünden (Mittelschulgesetz) vom 7. Okt. 1962, BR 425.000
MittelschulG-LU	Gesetz über die Gymnasialbildung vom 12. Feb. 2001, SRL 501
MittelschulG-NE	Loi sur l'enseignement secondaire supérieur vom 19. Dez. 1984, RSN 410.131
MittelschulG-NW	Gesetz über die kantonale Mittelschule (Mittelschulgesetz) vom 7. Feb. 2007, NGS 314.1
MittelschulG-SG	Mittelschulgesetz vom 12. Juni 1980, sGS 215.1
MittelschulG-VD	Loi sur l'enseignement secondaire supérieur vom 17. Sept. 1985, RSV 412.11
MittelschulG-ZH	Mittelschulgesetz vom 13. Juni 1999, LS 413.21
MittelschulV-SZ	Verordnung über die Mittelschulen vom 20. Mai 2009, SRSZ 623.110
NGS	Nidwaldner Gesetzessammlung
No.	Nummer/n
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht vom 30. März 1911, SR 220
Pakt I	Internationaler Pakt vom 16. Dez. 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1
Pakt II	Internationaler Pakt vom 16. Dez. 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2
PG-AG	Gesetz über die Grundzüge des Personalrechts vom 16. Mai 2000, SAR 165.100
PG-AR	Personalgesetz vom 24. Okt. 2005, bGS 142.21
PG-BE	Personalgesetz vom 16. Sept. 2004, BSG 153.01
PG-BL	Gesetz über die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons vom 25. Sept. 1997, SGS-BL 150
PG-BS	Personalgesetz vom 17. Nov. 1999, SG-BS 162.100

PG-FR	Gesetz über das Staatspersonal vom 17. Okt. 2001, SGF 122.70.1
PG-GR	Gesetz über das Arbeitsverhältnis der Mitarbeitenden des Kantons Graubünden vom 14. Juni 2006, BR 170.400.
PG-LU	Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis (Personalgesetz) vom 26. Juni 2001, SRL 51
PG-NW	Gesetz über das öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnis vom 3. Juni 1998, NGS 165.1
PG-SG	Personalgesetz vom 25. Jan. 2011, sGS 143.1
PG-SH	Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz) vom 3. Mai 2004, SHR 180.100
PG-VS	Gesetz über das Personal des Staates Wallis vom 19. Nov. 2010, SGS-VS 172.2.
PG-ZG	Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz) vom 1. Sept. 1994, BGS-ZG 154.21
PG-ZH	Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz) vom 27. Sept. 1998, LS 177.10
PV-AR	Personalverordnung vom 20. Nov. 2007, bGS 142.212
PV-BE	Personalverordnung vom 18. Mai 2005, BSG 153.011.1
PV-GL	Personalverordnung vom 12. Dez. 2006, GS II A/6/2
PV-OW	Personalverordnung vom 29. Jan. 1998, GDB 141.11
PV-SG	Personalverordnung vom 13. Dez. 2011, sGS 143.11
PV-SH	Verordnung über die Arbeitsverhältnisse des Staatspersonals vom 14. Dez. 2004, SHR 180.111
resp.	respektive
RB-TG	Thurgauer Rechtsbuch
RB-UR	Urner Rechtsbuch
RL	Raccolta delle leggi vigenti del Cantone Ticino
RSG	Recueil systématique de la législation genevoise
RSJU	Recueil systématique des lois jurassiennes
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RSV	Recueil systématique de la législation vaudoise
Rz.	Randziffer/n
S.	Seite/n
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts
SHR	Schaffhauser Rechtsbuch
SchulG-AG	Schulgesetz vom 17. März 1981, SAR 401.100

SchulG-AI	Schulgesetz vom 25. April 2004, GS 411.000
SchulG-AR	Gesetz über Schule und Bildung (Schulgesetz) vom 24. Sept. 2000, bGS 411.0
SchulG-BE	Volksschulgesetz (VSG) vom 19. März 1992, BSG 432.210
SchulG-BL	Bildungsgesetz vom 6. Juni 2002, SGS-BL 640
SchulG-BS	Schulgesetz vom 4. April 1929, SG-BS 410.100
SchulG-FR	Gesetz über den Kindergarten, die Primarschule und die Orientierungsschule (Schulgesetz) vom 23. Mai 1985, SGF 411.0.1
SchulG-GE	Loi sur l'instruction publique vom 6. Nov. 1940, RSG C 1 10
SchulG-GL	Gesetz über Schule und Bildung (Bildungsgesetz) vom 6. Mai 2001, GS IV B/1/3
SchulG-GR	Gesetz für die Volksschulen des Kantons Graubünden (Schulgesetz) vom 26. Nov. 2000, BR 421.000
SchulG-JU	Loi sur l'école enfantine, l'école primaire et l'école secondaire (Loi scolaire) vom 20. Dez. 1990, RSJU 410.11
SchulG-LU	Gesetz über die Volksschulbildung vom 22. März 1999, SRL 400a
SchulG-NE	Loi sur l'organisation scolaire vom 28. März 1984, RSN 410.10
SchulG-NW	Gesetz über die Volksschule (Volksschulgesetz) vom 17. April 2002, NGS 312.1
SchulG-OW	Bildungsgesetz vom 16. März 2006, GDB 410.1
SchulG-SG	Volksschulgesetz vom 13. Jan. 1983, sGS 213.1
SchulG-SH	Schulgesetz vom 27. April 1981, SHR 410.100
SchulG-SO	Volksschulgesetz vom 14. Sept. 1969, BGS-SO 413.111
SchulG-SZ	Volksschulgesetz vom 19. Okt. 2005, SRSZ 611.210
SchulG-TG	Gesetz über die Volksschule vom 29. Aug. 2007, RB-TG 411.11
SchulG-TI	Legge della scuola vom 1. Feb. 1990, RL 5.1.1.1
SchulG-UR	Gesetz über Schule und Bildung (Schulgesetz) vom 2. März 1997, RB-UR 10.1111
SchulG-VD	Loi scolaire vom 12. Juni 1984, RSV 400.01
SchulG-VS	Gesetz über das öffentliche Unterrichtswesen vom 4. Juli 1962, SGS-VS 400.1
SchulG-ZG	Schulgesetz vom 27. Sept. 1990, BGS-ZG 412.11
SchulG-ZH	Volksschulgesetz vom 7. Feb. 2005, LS 412.100
SG-BS	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Stadt
SGF	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Freiburg
SGS-BL	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Landschaft

SGS-VS	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Wallis
sGS	Systematische Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen
SHG-AG	Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe und die soziale Prävention (Sozialhilfe- und Präventionsgesetz, SPG) vom 6. März 2001, SAR 851.200
SHG-AR	Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz, SHG) vom 24. Sept. 2007, bGS 851.1
SHG-AI	Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz) vom 29. April 2001, GS-AI 850.000
SHG-BE	Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz, SHG) vom 11. Juni 2001, BSG 860.1
SHG-BL	Gesetz über die Sozial-, die Jugend- und die Behindertenhilfe (Sozialhilfegesetz, SHG) vom 21. Juni 2001, SGS-BL 850
SHG-BS	Sozialhilfegesetz vom 29. Juni 2000, SG-BS 890.100
SHG-FR	Sozialhilfegesetz vom 14. Nov. 1991, SGF 831.0.1
SHG-GE	Loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle (LIASI) vom 22. März 2007, RSG J 4 04
SHG-GL	Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz) vom 7. Mai 1995, GS VIII E/21/3
SHG-GR	Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe im Kanton Graubünden (Sozialhilfegesetz) vom 7. Dez. 1986, BR 546.100
SHG-JU	Loi sur l'action sociale vom 15. Dez. 2000, RSJU 850.1
SHG-LU	Sozialhilfegesetz vom 24. Okt. 1989, SRL 892
SHG-NE	Loi sur l'action sociale vom 25. Juni 1996, RSN 831.1
SHG-NW	Gesetz über die Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz) vom 29. Jan. 1997, NGS 761.1
SHG-OW	Sozialhilfegesetz vom 23. Okt. 1983, GDB 870.1
SHG-SG	Sozialhilfegesetz vom 27. Sept. 1998, sGS 381.1
SHG-SH	Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz) vom 21. Nov. 1994, SHR 850.100
SHG-SO	Sozialgesetz vom 31. Jan. 2007, BGS-SO 831.1
SHG-SZ	Gesetz über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983, SRSZ 380.100
SHG-TG	Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz) vom 29. März 1984, RB-TG 850.1
SHG-TI	Legge sull'assistenza sociale vom 8. März 1971, RL 6.4.11.1.
SHG-UR	Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz) vom 28. Sept. 1997, RB-UR 20.3421
SHG-VD	Loi sur l'action sociale vaudoise vom 2. Dez. 2003, RSV 850.051

SHG-VS	Gesetz über die Eingliederung und die Sozialhilfe vom 29. März 1996, SGS-VS 850.1
SHG-ZG	Gesetz über die Sozialhilfe im Kanton Zug (Sozialhilfegesetz) vom 16. Dez. 1982, BGS-ZG 861.4
SHG-ZH	Sozialhilfegesetz vom 14. Juni 1981, LS 851.1
SHR	Schaffhauser Rechtsbuch
SHV-AG	Sozialhilfe- und Präventionsverordnung (SPV) vom 28. Aug. 2002, SAR 851.211
SHV-AI	Verordnung über die öffentliche Sozialhilfe (ShiV) vom 1. Okt. 2001, GS 850.010
SHV-BE	Verordnung über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfeverordnung, SHV) vom 24. Okt. 2001, BSG 860.111
SHV-BL	Sozialhilfeverordnung (SHV) vom 25. Sept. 2001, SGS-BL 850.11
SHV-GE	Règlement d'exécution de la loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle (RIASI) du 25 juillet 2007, RSG J 4 04.01
SHV-LU	Sozialhilfeverordnung vom 13. Juli 1990, SRL 892a
SHV-NW	Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die Sozialhilfe (Sozialhilfeverordnung 1, SHV 1) vom 2. Juli 1997, NGS 761.11
SHV-OW	Sozialhilfeverordnung (SHV) vom 10. Nov. 1983, GDB 870.11
SHV-SO	Sozialverordnung (SV) vom 29. Okt. 2007, SHR 831.2
SHV-TG	Verordnung des Regierungsrates zum Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfeverordnung) vom 19. Okt. 1985, RB-TG 850.11
SHV-ZG	Verordnung zum Sozialhilfegesetz (Sozialhilfeverordnung) vom 20. Dez. 1983, BGS 861.41
SKOS	Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe
SKOS-Richtlinien	Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe (SKOS), Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe, Version 2012
SR	Systematische Rechtssammlung (des Bundes)
SRL	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
SRSZ	Systematische Gesetzssammlung des Kantons Schwyz
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dez. 1937, SR 311.0
StipG-AG	Gesetz über Ausbildungsbeiträge vom 19. Sept. 2006, SAR 471.200
StipG-AR	Stipendiengesetz vom 24. April 1988, bGS 415.21
StipG-BE	Gesetz über die Ausbildungsbeiträge (ABG) vom 18. Nov. 2004, BSG 438.31
StipG-BL	Gesetz über Ausbildungsbeiträge vom 5. Dez. 1994, SGS-BL 365
StipG-BS	Gesetz betreffend Ausbildungsbeiträge vom 12. Okt. 1967, SG-BS 491.100

StipG-FR	Gesetz über die Stipendien und Studiendarlehen vom 14. Feb. 2008, SGF 44.1
StipG-GR	Gesetz über Ausbildungsbeiträge vom 5. Dez. 2006, BR 450.200
StipG-LU	Gesetz über Ausbildungsbeiträge vom 9. Sept. 2002, SRL 575
StipG-NW	Gesetz über die Ausbildungsbeiträge vom 30. April 1995, NGS 311.4
StipG-SG	Gesetz über die staatlichen Stipendien und Studiendarlehen vom 3. Dez. 1968, sGS 211.5
StipG-SO	Gesetz über Ausbildungsbeiträge vom 30. Juni 1985, BGS-SO 419.11
StipG-TG	Gesetz über Ausbildungsbeiträge vom 26. April 1990, RG-TG 416.1
StipG-VS	Gesetz über die Ausbildungsbeiträge vom 18. Nov. 2010, SGS-VS 416.1
StipG-ZG	Gesetz über Ausbildungsbeiträge vom 3. Mai 1984, BGS-ZG 416.21
StipV-GL	Verordnung über Stipendien, Studiendarlehen und Schulgeldbeiträge vom 10. Jan. 2001, GS IV E/2
StipV-OW	Verordnung über Ausbildungsbeiträge vom 23. April 1992, GDB 419.11
StipV-UR	Verordnung über die Ausrichtung von Ausbildungsbeiträgen vom 11. Dez. 2002, RB-UR 10.2201
StipV-ZH	Stipendienverordnung vom 15. Sept. 2004, LS 416.1
UN	Vereinte Nationen (United Nations)
UN Doc.	Dokumente der Vereinten Nationen (United Nations Documents)
UniG-BE	Gesetz über die Universität vom 16. Sept. 1996, BSG 436.11
UniG-FR	Gesetz über die Universität vom 19. Nov. 1997, SGF 1.0.1
UniG-GE	Loi sur l'université vom 13. Juni 2008, RSG C 1 30
UniG-LU	Gesetz über die universitäre Hochschulbildung vom 1. Jan. 2011, SRL 539
UniG-NE	Loi sur l'Université vom 22. Nov. 2002, RSN 416.10
UniG-SG	Gesetz über die Universität St.Gallen vom 26. Mai 1988, sGS 217.11
UniG-TI	Legge sull'Università della Svizzera italiana, sulla Scuola universitaria professionale della Svizzera italiana e sugli Istituti di ricerca vom 3. Okt. 1995, RL 5.3.1.1
UniG-VD	Loi sur l'Université de Lausanne vom 6. Juli 2004, RSV 414.11
UniG-ZH	Universitätsgesetz vom 15. März 1998, LS 415.11
UNO	Organisation der Vereinten Nationen (United Nations Organization)
UVG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (Unfallversicherungsgesetz), SR 832.20
UVV	Verordnung vom 20. Dez. 1982 über die Unfallversicherung, SR 832.202
vgl.	Vergleiche

VO	Verordnung
WSK-Ausschuss	Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (auch: Ausschuss für WSK-Rechte)
WSK-Rechte	wirtschaftliche, soziale und kulturelle (Menschen-)Rechte
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dez. 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer/n
ZP 12/EMRK	Protokoll Nr. 12 vom 4. Nov. 2000 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
ZUG	Bundesgesetz vom 24. Juni 1977 über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger, SR 851.1

ZUSAMMENFASSUNG

Nach Auffassung der völkerrechtlichen Praxis und Doktrin begründen nicht nur bürgerliche und politische, sondern auch wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte (WSK-Rechte) gerichtlich durchsetzbare Ansprüche des Individuums und sind in diesen Bereichen justiziabel. Die Schweiz stellt diese Position in Abrede: So vertreten Bundesrat und Bundesgericht in konstanter Weise die Haltung, infolge ihrer rein programmatischen Natur richteten sich WSK-Rechte an den Gesetzgeber und begründeten keine subjektiven Rechte. Infolge dieser auch regelmässig gegenüber menschenrechtlichen Vertragsorganen artikulierten Haltung wurde die Schweiz namentlich vom Überwachungsorgan des UNO-Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Pakt I) verschiedentlich gerügt.

Vor diesem Hintergrund analysiert die vorliegende Studie, ob und in welchem Umfang das schweizerische Landesrecht auf Bundes- und kantonaler Ebene in den durch die Garantien des Pakts I abgedeckten Bereichen einklagbare Rechte begründet. Sie gelangt dabei zum Schluss, dass dies in den durch den Ausschuss für WSK-Rechte als justiziabel identifizierten Verpflichtungsebenen zwar nicht ausnahmslos aber doch grossmehrheitlich der Fall ist. Dabei besitzen gewisse Garantien des Pakts I als solche ein justiziables Äquivalent im Landesrecht und dies gar auf Stufe der Verfassung (z.B. Recht auf Grundschulunterricht oder Recht auf freie Wahl der Arbeit), während andere Garantien erst durch den Gesetzgeber im Landesrecht justiziabel ausgestaltet wurden (z.B. im Bereich des Rechts auf Gesundheit oder Rechts auf Chancengleichheit im Bildungswesen). Diese Unterscheidung darf indes keinesfalls als Beleg dafür genommen werden, dass gewisse Garantien des Pakts I an sich keine justiziablen Ansprüche begründen, sondern dafür einer gesetzlichen Umsetzung im Landesrecht bedürfen. Denn die in dieser Studie identifizierten landesrechtlichen Normen wurden nicht zum Zweck der Umsetzung des Pakts I, sondern ohne Bezugnahmen auf diese völkerrechtliche Vorgabe geschaffen. Daher sind es gesetzgeberische Erwägungen und keinesfalls juristische Charakteristika, die darüber bestimmen, ob justiziable Gehalte des Pakts I im schweizerischen Landesrecht mit einem hohen Abstraktionsgrad und auf Verfassungsstufe oder sehr detailliert und auf Stufe einer Verordnung geregelt werden

Die prinzipielle Ablehnung der Justiziabilität der Paktgarantien findet daher weder eine Begründung in entsprechenden Defiziten des Schweizer Landesrechts noch in föderalismusbedingten Schwierigkeiten.

I. EINLEITUNG

1. Auftrag

Mit Leistungsauftrag vom 10. April 2012 erteilte der Lenkungsausschuss EDA/EJPD dem Schweizerischen Kompetenzzentrum für Menschenrechte den Auftrag, eine

„compilation des droits justiciables, à tous les niveaux de l'état fédéral, qui relèvent des droits économiques, sociaux et culturels“

zu erarbeiten.

Entsprechend dieser Auftragsstellung untersucht vorliegende Studie nicht die Umsetzung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte (WSK-Rechte) in der Schweiz. Vielmehr beschränkt sie sich – auch wenn diese Fragestellungen nicht immer klar getrennt werden können – auf eine Zusammenstellung des Bestands justiziabler, d.h. direkt anspruchsbegründender Rechte im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte einerseits im schweizerischen Landesrecht auf Bundes- und Kantonsebene und andererseits in klar als justizierbar eingestuften Menschenrechtsverträgen wie der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) und dem UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Pakt II). Nicht berücksichtigt werden können in dieser Studie das kommunale Recht und die kantonale Praxis.

Richtschnur für diese Zusammenstellung bilden die Garantien des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Pakt I), welches das bei weitem wichtigste von der Schweiz ratifizierte Vertragswerk im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte ist. Bereits an dieser Stelle festzuhalten ist indes, dass das im Rahmen dieser Studie analysierte Landesrecht, selbst wenn es nach Inkrafttreten des Pakts I für die Schweiz geschaffen wurde, weitestgehend ohne Bezug zu diesem Vertrag kodifiziert wurde. Mit anderen Worten wird daher hier nicht geprüft, ob die Schweiz im Rahmen der Umsetzung ihrer völkerrechtlichen Verpflichtungen aus dem Pakt I justiziable landesrechtliche Normen geschaffen hat, sondern vielmehr, ob unabhängig von diesen internationalen Vorgaben das schweizerische Recht justiziable Ansprüche in Bereichen vermittelt, in welchen gemäss Auffassung des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Ausschuss für WSK-Rechte/WSK-Ausschuss) auch der Pakt I solche begründet.

Anspruchsbegründend und gerichtlich durchsetzbar, d.h. justizierbar, sind im schweizerischen Recht nicht nur Normen, welche Individuen ausdrücklich ein (subjektives) Recht zusprechen, sondern auch solche, welche als Pflichten staatlicher Behörden ausgestaltet sind. Denn auch bei Verletzung einer genügend präzisierten staatlichen Verpflichtung kann eine Person in einem Einzelfall vor rechtsanwendenden Behörden eine Rechtsverletzung rügen, wenn die als verletzt gerügte Norm ihre Interessen schützt. Entscheidendes Kriterium für die Darstellung justiziabler landesrechtlicher Vorgaben in den durch den Pakt I abgedeckten Bereichen ist daher ihre Einklagbarkeit vor Gerichts- und/oder Verwaltungsbehörden im Verletzungsfall und nicht ihre explizite Verankerung als Rechte von Individuen im Landes- oder Völkerrecht.

2. Aufbau

Bekanntlich wurde die Schweiz vom Ausschuss für WSK-Rechte wiederholt gerügt, weil sich Individuen in der Schweiz vor Behörden und Gerichten in aller Regel nicht auf die Garantien des Pakts I berufen können.¹ In einem ersten Schritt (Kap. II) ist daher kurz in allgemeiner Form auf die direkte Anwendbarkeit und die Justiziabilität menschenrechtlicher Verpflichtungen einzugehen, bevor spezifisch die Haltung des Bundesgerichts und des Bundesrats zur Rechtsnatur und zur Einklagbarkeit der WSK-Rechte des Pakts I nachgezeichnet wird (Kap. III). Im folgenden Abschnitt (Kap. IV) wird einerseits kursorisch die Kritik des Ausschusses an der Rechtsauffassung der Schweiz dargestellt und andererseits dargelegt, welche Aspekte der Garantien des Pakts I nach Auffassung des Ausschusses für WSK-Rechte unmittelbare Verpflichtungen der Staaten begründen und daher grundsätzlich auch innerstaatlich gerichtlich durchgesetzt werden können, d.h. justiziabel sind.

Aufbauend auf diesen Vorgaben wird in den folgenden Kapiteln (Kap. V-XIV) für jede Garantie des Pakts I geprüft, ob und in welcher Form das Bundes- oder kantonale Recht in den durch den Ausschuss als unmittelbar verpflichtend identifizierten Bereichen einklagbare Vorgaben verankert. Dieses Vorgehen ermöglicht es festzustellen, ob und in welchem Umfang die international geforderten Standards durch die Schweiz zumindest mittelbar erfüllt werden, weil sie im Bereich der als unmittelbar verpflichtend eingestuften Verpflichtungen des Pakts I in der Schweiz gestützt auf Landesrecht von Individuen auf dem Beschwerdeweg durchgesetzt werden können, und abschliessend allenfalls bestehende Defizite der gegenwärtigen Umsetzungsmodalitäten des Pakts I durch die Schweiz zu benennen (Kap. XV).

¹ Siehe WSK-Ausschuss, Concluding observations Switzerland 1998, Ziff. 10, und 2010, Ziff. 5.

II. DIREKTE ANWENDBARKEIT UND JUSTIZIABILITÄT MENSCHENRECHTLICHER GARANTIE

Eine völkerrechtliche Norm ist direkt anwendbar, wenn Individuen gestützt auf sie Ansprüche im Einzelfall vor Gerichts- und/oder Verwaltungsbehörden durchsetzen können.² Ob eine Menschenrechtsgarantie oder ihre Teilgehalte direkt anwendbar sind, bestimmt nicht das Völkerrecht, sondern die Vertragsstaaten entscheiden darüber nach Massgabe ihres Verfassungsrechts.³ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung begründet eine Garantie dann solche Individualrechte, wenn sie self-executing ist, d.h. wenn sie die Rechtsstellung Privater betrifft, sich an eine rechtsanwendende Behörde richtet und genügend bestimmt und klar ist, um Grundlage eines Entscheides zu bilden, und mithin justiziabel ist.⁴ Im Gegensatz dazu richten sich programmatische Bestimmungen oder solche, die einen erheblichen Ermessens- oder Entscheidungsspielraum belassen bzw. blosse Leitgedanken formulieren, in aller Regel an den Gesetzgeber, und sind daher non-self-executing.⁵ Gleiches gilt ungeachtet ihrer Spezifität für eigentliche Gesetzgebungsaufträge.

Obschon die Vertragsstaaten resp. ihre Gerichte im Anwendungsfall grundsätzlich selbst über die Justiziabilität bestimmen, wird die Einforderbarkeit menschenrechtlicher Garantien vor Gericht von den internationalen Überwachungsorganen als ein wichtiges Kriterium für eine effektive Umsetzung erachtet.⁶ In gewissen Verträgen wird überdies ausdrücklich die Pflicht statuiert, ein Rechtsmittel zur innerstaatlichen Durchsetzung der entsprechenden vertraglichen Garantien einzuräumen.⁷ Eng verknüpft mit der Frage der direkten Anwendbarkeit – aber von dieser zu unterscheiden – ist die Frage, ob eine menschenrechtliche Garantie unmittelbare oder progressiv zu erfüllende Verpflichtungen begründet. Ist Ersteres der Fall, kann regelmässig von einer direkten Anwendbarkeit ausgegangen werden, während umgekehrt eine progressive Verpflichtung zumindest prima facie auf die programmatische Rechtsnatur schliessen lässt.

² KÄLIN/KÜNZLI, S. 105.

³ JÖRG KÜNZLI, Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte und ihre Umsetzung im kantonalen Verwaltungsrecht, in: HERZOG RUTH/FELLER RETO (HRSG.), Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart, 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern 2010, S. 457-483, S. 464.

⁴ BGE 118 Ia 112, E. 2.b.

⁵ Statt vieler BGE 120 Ia 1, E. 5.b.

⁶ WSK-Ausschuss, General Comment No. 3, Ziff. 5, und General Comment No. 9, Ziff. 7; Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 26. Mai 2004, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, Ziff. 15; Ausschuss zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, General Recommendation No. 15 on organized violence based on ethnic origin (Art. 4), 23. März 1993, Ziff. 18-24; Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau, General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 16. Dez. 2010, UN Doc. CEDAW/C/GC/28, Ziff. 31; Ausschuss gegen die Folter, General Comment No. 2, Implementation of article 2 by States parties, 24. Jan. 2008, UN Doc. CAT/C/GC/2, Ziff. 9; Ausschuss für die Rechte des Kindes, General Comment No. 5, General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, 27. Nov. 2003, UN Doc. CRC/GC/2003/5, Ziff. 2.

⁷ Art. 2 Abs. 3 Pakt II; Art. 6 Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dez. 1965, SR 0.104; Art. 2 Abs. 1, Art. 4 und Art. 5 Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dez. 1984, SR 0.105; Art. 2 FDK; Art. 4 Abs. 2 BRK; Art. 13 EMRK.

III. DIE SCHWEIZERISCHE PRAXIS ZUR RECHTSNATUR UND NAMENTLICH ZUR JUSTIZIABILITÄT WIRTSCHAFTLICHER, SOZIALER UND KULTURELLER RECHTE

Es gehört zum Standardrepertoire bundesrätlicher Verlautbarungen zur schweizerischen Menschenrechtsausserpolitik, die Unteilbarkeit aller Menschenrechte resp. das Engagement der Schweiz „für alle Menschenrechte – bürgerliche, politische, wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte – gleichermassen“ zu betonen.⁸ Trotzdem müsse die Ausserpolitik Prioritäten bei Rechten setzen, „die für den internationalen Menschenrechtsschutz von elementarer Bedeutung sind“.⁹ Zu diesen Kernbereichen der schweizerischen Menschenrechtsausserpolitik zählen auch die WSK-Rechte.¹⁰ Denn diese Rechte gehören zu den entwicklungsfähigsten, da sich „[d]ie Chancen der Globalisierung (...) nur verwirklichen [lassen], wenn sie stärker ins Zentrum der internationalen Diskussion rücken“.¹¹ Aus diesem Grund sei der Bundesrat „entschlossen, das Entwicklungspotenzial dieser Rechte bestmöglich zu erschliessen“.¹²

Diese Haltung kontrastiert nicht nur bis zu einem gewissen Grad mit der schweizerischen Ratifikationspraxis,¹³ sondern auch pointiert mit der Haltung von Bundesrat und Bundesgericht zur Geltung von international verbrieften WSK-Rechten in der Schweiz: Während heute in der Schweiz unbestritten ist, dass bürgerliche und politische Menschenrechte weitgehend direkt anwendbar sind, präsentiert sich mit Blick auf die WSK-Rechte ein konträres Bild. Denn bis heute verneinen Bundesgericht und Bundesrat die Möglichkeit einer direkten Berufung durch Individuen auf WSK-Rechte und negieren damit deren subjektiv-rechtlichen Gehalt.

Dieser Standpunkt lässt sich auf die Botschaft des Bundesrats zum Pakt I aus dem Jahr 1991 zurückverfolgen, worin der Bundesrat feststellte, der Pakt I enthalte Verpflichtungen mit programmatischem Charakter und richte sich folglich nicht an Individuen sondern an den Gesetzgeber.¹⁴ Unter expliziter Bezugnahme auf diese Ausführungen gelangte in einem Grundsatzurteil aus dem Jahr 1994 auch das Bundesgericht zur Auffassung, die Verpflichtungen aus Pakt I seien grundsätzlich programmatischer Natur, da sich „die Vorschriften des Paktes (...) – anders als die direkt anwendbaren Garantien des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (...) – nicht an den Einzelnen, sondern an die Gesetzgeber der Vertragsstaaten [richteten], welche die Vertragsbestimmungen als Richtlinien für ihre Tätigkeit zu beachten haben“. Somit ge-

⁸ So etwa Bericht des Bundesrats über die Menschenrechtsausserpolitik (2003-2007), BBl 2006 6088.

⁹ A.a.O., BBl 2006 6088.

¹⁰ A.a.O., BBl 2006 6095 f.

¹¹ A.a.O., BBl 2006 6096.

¹² A.a.O.

¹³ So hat die Schweiz als einer der wenigen europäischen Staaten das Pendant zur EMRK im Bereich der WSK-Rechte, die Europäische Sozialcharta, nicht ratifiziert.

¹⁴ Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966 und zu einer Änderung des Bundesrechtspflegegesetzes vom 30. Jan. 1991, BBl 1991 1 1202: „Es ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut des Paktes I (...), dass dieser in seiner Gesamtheit zur Festlegung der Ziele einer Menschenrechtspolitik im sozialen Bereich gedacht war. Er überträgt den Staaten völkerrechtliche Verpflichtungen mit programmatischem Charakter. (...) Die Staaten sind verpflichtet, diese schrittweise, unter Ausschöpfung aller ihnen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten und Mittel, vor allem durch gesetzgeberische Massnahmen, zu verwirklichen (...). Daraus ergibt sich eindeutig, dass sich die Vorschriften des Paktes I nicht an Individuen, sondern an die Gesetzgeber der Vertragsparteien richten.“ In der Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes vom 29. Juni 1994, BBl 1994 V 15 f. und 20, äusserte sich der Bundesrat etwas weniger pauschal zu dieser Frage.

währten „[d]ie Vorschriften des Sozialpaktes dem Einzelnen, von allfälligen wenigen Ausnahmen abgesehen, grundsätzlich keine subjektiven und justiziablen Rechte, welche der Bürger vor schweizerischen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden anrufen könnte“.¹⁵ Zur Untermauerung dieser Position verwies das Bundesgericht weiter auf die Tatsache, dass im Gegensatz zum UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Pakt II) der Pakt I als Überwachungsmechanismus lediglich die Prüfung der von den Vertragsstaaten abzuliefernden Staatenberichte vorsieht und anders als der Pakt II weder ein fakultatives Staatenbeschwerde- noch ein fakultatives Individualbeschwerdeverfahren kenne.¹⁶

Diese Rechtsauffassung wurde seither vom Bundesgericht mehrfach bestätigt.¹⁷ Allerdings wurde die kategorische Ablehnung der direkten Anwendbarkeit in der jüngeren Rechtsprechung teilweise aufgeweicht, indem etwa vermehrt auf die schon in BGE 120 Ia 1 angesprochene Möglichkeit einer ausnahmsweisen direkten Anwendbarkeit verwiesen wurde. Dies gilt namentlich für die in Art. 8 Abs. 1 lit. a Pakt I gewährleistete Gewerkschaftsfreiheit.¹⁸ In einem neueren Entscheid erkannte das Bundesgericht auch, es würden „beachtliche Gründe“ für den self-executing Charakter des Streikrechts von Art. 8 Abs. 1 lit. d Pakt I sprechen, ohne indessen die Frage abschliessend zu beurteilen.¹⁹ Ein weiteres Indiz für eine gewisse Flexibilisierung der Haltung des Bundesgerichts ist der vermehrte Hinweis in Urteilen auf die jüngere schweizerische Doktrin, welche eine ganze Reihe von (Teil-)Garantien des Pakts I als zumindest partiell unmittelbar anwendbar einstuft.²⁰ Das Bundesgericht scheint mittlerweile auch bereit zu sein, bei der Auslegung und Anwendung von einschlägigem Verfassungsrecht die Garantien des Pakts I zu berücksichtigen und schliesst in spezifischen Konstellationen eine direkte Anwendbarkeit nicht mehr in apodiktischer Weise aus.²¹ Die generelle direkte Anwendbarkeit von anderen Paktnormen, als die oben genannten Ausnahmen von Art. 8 Pakt I, wird aber auch in der jüngeren Praxis des Bun-

¹⁵ BGE 120 Ia 1, E. 5.

¹⁶ A.a.O. Seit der Verabschiedung des Fakultativprotokolls zum Pakt I, das eine solche Beschwerdemöglichkeit einführt, wurde dieses – nunmehr hinfällige – Argument jedoch nicht mehr beigezogen.

¹⁷ Vgl. BGE 135 I 161, E. 2.2; BGE 130 I 113, E. 3.3; BGE 126 I 240, E. 2.c; BGE 123 II 472 E. 4.d; BGE 122 I 101, E. 2.a; BGE 121 V 246, E. 2.a und 2.c; BGE 121 V 229, E. 3 ff.; BGE 120 Ia 1, E. 5.c. Siehe zu dieser Praxis auch THOMAS HUGI YAR, Die Praxis des Bundesgerichts im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Grundrechte, Jusletter vom 2. Dez. 2012.

¹⁸ Vgl. BGE 121 V 229, E. 3.a; BGE 121 V 246, E. 2.c und 2.e; BGE 123 II 472, E. 4.d; BGE 125 III 277, E. 2.d.

¹⁹ BGE 125 III 277, E. 2.d.

²⁰ Siehe Urteil des Bundesgerichts 2P.273/1999 vom 22. Sept. 2000 mit Hinweisen auf PIUS GEBERT, Das Recht auf Bildung nach Art. 13 des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Diss. Freiburg, St. Gallen 1996, S. 124 ff., mit Hinweisen; vgl. auch GIORGIO MALINVERNI, Les Pactes dans l'ordre juridique interne, in: KÄLIN WALTER/MALINVERNI GIORGIO/NOWAK MANFRED (HRSG.), Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel 1997, S. 76 f.

²¹ Siehe BGE 130 I 113, E. 3.3: „Gestützt auf diese Rechtsprechung ist vorliegend nicht auf die Beschwerde einzutreten, soweit ein Verstoß gegen Art. 13 Abs. 2 lit. c des UNO-Paktes I gerügt wird. Diese Bestimmung mit programmatischem Charakter kann bloss im Zusammenhang mit der Anwendung anderer Normen über den allgemeinen Zugang zum Hochschulunterricht im Sinne einer Auslegungshilfe mit angerufen und berücksichtigt werden. Auch in diesem Fall erlaubt sie aber nicht, einen Gebührenentscheid isoliert zu betrachten, sondern verlangt, diesen in einen Gesamtrahmen zu stellen und insbesondere zusammen mit weiteren getroffenen oder vorgesehen Massnahmen zu würdigen (vgl. BGE 126 I 240 E. 3). Ein beschränkter Blickwinkel, der dem Gebot des Unentgeltlichkeitsziels im Sinne einer Willkürschränke grösseres Gewicht verleihen würde und vom einzelnen Betroffenen unmittelbar geltend gemacht werden könnte, lässt sich nur in ganz besonders gelagerten Fällen vorstellen. Eine solche Anrufung könnte im Zusammenhang mit einer Gebührenerhöhung in Frage kommen, die völlig losgelöst von bildungs- und hochschulpolitischen Überlegungen, z.B. bloss zur Entlastung des allgemeinen Staatshaushaltes, oder unter vollständiger Missachtung der Vertragsziele, etwa allein zur Beschränkung des universitären Zugangs, erlassen worden wäre. Um eine solche Massnahme ohne hinreichenden universitären Bezug oder um eine verpönte Zugangsbeschränkung geht es hier jedoch nicht, und die Mitberücksichtigung von Art. 13 Abs. 2 lit. c des UNO-Paktes I im Gesamtzusammenhang lässt die Gebührenerhöhung – wie oben ausgeführt worden ist – nicht als verfassungswidrig erscheinen“.

desgerichts weiterhin ausgeschlossen. Konkret verneinte das Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung die direkte Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 2²², Art. 7 lit. d²³, Art. 9²⁴, Art. 11²⁵ und Art. 13 Abs. 2 lit. b und c²⁶ Pakt I. Die Frage, ob das Recht auf unentgeltlichen Grundschulunterricht nach Art. 13 Abs. 2 lit. a²⁷ und die Bildungsfreiheit nach Art. 13 Abs. 3²⁸ direkt anwendbar sind, wurde vom Bundesgericht aber zumindest offengelassen. Zusammengefasst spielten die Garantien des Pakts I in der Bundesgerichtspraxis daher bis heute eine marginale Rolle und fanden lediglich vereinzelt und nur ansatzweise im Rahmen der Auslegung von verfassungsmässigen Rechten Anwendung.

Diese Gerichtspraxis dient wiederum dem Bundesrat in seiner Berichterstattung an den Ausschuss für WSK-Rechte als Begründung für die Aufrechterhaltung seiner anlässlich der Ratifikation des Pakts I artikulierten Rechtsauffassung: So hielt er gegenüber dem Ausschuss für WSK-Rechte fest, er sei „gemäss dem Prinzip der Gewaltentrennung an die (...) Auslegung durch die Rechtsprechung gebunden“.²⁹ Ähnlich deutlich äusserte sich der Bundesrat zu dieser Frage auch 2008 und 2012 während der Universellen Periodischen Prüfung der Menschenrechtslage der Schweiz durch den Menschenrechtsrat: Forderungen nach einer Anerkennung der Justiziabilität gewisser Gehalte der WSK-Rechte wurden ohne Differenzierung zurückgewiesen.³⁰

Differenzierter äusserte sich die Schweiz während der Verhandlungen zur Schaffung des Fakultativprotokolls zum Pakt I im Jahr 2005. Damals lehnte nämlich die Schweizer Delegation die Möglichkeit einer „gerichtlichen“ Durchsetzung der Garantien des Pakts I auf internationaler Ebene nicht integral ab, sondern argumentierte, die Beschwerdemöglichkeit sei auf die vom Ausschuss für WSK-Rechte als unmittelbar anwendbar identifizierten Verpflichtungsebenen zu beschränken.³¹ Diesem Ansinnen wurde indes nicht entsprochen. Vor diesem Hintergrund erscheint es

²² BGE 125 III 277, E. 2.d.

²³ BGE 136 I 290, E. 2.3.3.

²⁴ BGE 121 V 246 E. 2.e; Urteil des Bundesgerichts 2P.77/2000/sch vom 30. Nov. 2000, E. 5.e; BGE 135 I 161, E. 2.2.

²⁵ BGE 122 I 101, E. 2.a.

²⁶ BGE 130 I 113, E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 2P.273/1999/leb vom 22. Sept. 2000, E. 2.d; BGE 126 I 240, E. 2.c; BGE 120 Ia 1, E. 5.d. Auch bei der Frage, ob die genannte Bestimmung des Sozialpaktes nicht insofern einen justiziablen, unmittelbar anwendbaren Gehalt hat, als sie dem nationalen Gesetzgeber eine Erhöhung bestehender Gebühren, welche in Bezug auf das anerkannte Vertragsziel einen Rückschritt bedeuten würde, verbietet, verneinte das Bundesgericht. Die Vorschrift erweise sich selbst in dieser Richtung als zu wenig bestimmt. Ihr eigentliches Ziel gehe dahin, dass der Hochschulunterricht jedermann entsprechend seinen Fähigkeiten, unabhängig von seiner finanziellen Leistungsfähigkeit, zugänglich gemacht werden solle. Die Wahl der „geeigneten Mittel“ sei dem Gesetzgeber anheimgestellt; der „insbesondere“ postulierte allmähliche Verzicht auf Gebührenerhebung sei nur ein möglicher Weg.

²⁷ BGE 133 I 156, E. 3.6.4.

²⁸ Urteil des Bundesgerichts 2C_738/2010 vom 24. Mai 2011, E. 3.2.4.

²⁹ WSK-Ausschuss, Staatenbericht Schweiz 2008, Ziff. 40.

³⁰ Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Switzerland, 28. Mai 2008, UN Doc. A/HRC/8/41, Ziff. 20; Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Addendum, Switzerland, 5. März 2013, UN Doc. A/HRC/22/11/Add.1, S. 2.

³¹ „The representatives of (...) Switzerland called specifically for an optional protocol adopting an “à la carte” approach, but Switzerland found interesting the idea of an approach – be it comprehensive or “à la carte” – restricted to the minimal content of the rights and focusing on complaints about violations of the obligations to respect and protect, (...)“; Report of the open-ended working group to consider options regarding the elaboration of an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its second session, 10. Feb. 2005, UN Doc. E/CN.4/2005/52, S. 21, Ziff. 101. Ein Jahr später vertrat die Schweizer Delegation in den Verhandlungen gar ausdrücklich die Ansicht, die diskriminierungsfreie Gewährleistung der Garantien des Pakts I solle zwingender Bestandteil eines internationalen Beschwerdeverfahrens bilden, während Staaten berechtigt sein sollten, die Gewährleistungsdimension von der Beschwerdemöglichkeit auszuschliessen oder zumindest auf ihren harten Kern zu limitieren; Report of the open-ended working group to

wenig überraschend, dass der Bundesrat eine Ratifikation des nunmehr verabschiedeten Fakultativprotokolls ausschliesst.³²

Eine ähnliche Haltung vertrat der Bundesrat auch gegenüber dem Fakultativprotokoll zum Übereinkommen gegen die Diskriminierung der Frau (FDK), welches ein Individualbeschwerdeverfahren für diesen Vertrag begründet. Die Schweiz ratifizierte zwar diesen Zusatzvertrag, der Bundesrat hielt allerdings noch in der Botschaft zur Ratifikation des Fakultativprotokolls fest, er gehe davon aus, dass die Bestimmungen der FDK grundsätzlich nicht direkt anwendbar seien.³³ Dass sich die schweizerische Praxis zum rein programmatischen Charakter von WSK-Rechten schwer aufrecht erhalten lasse, stellte der Bundesrat selber dagegen mit Blick auf das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderung (BRK) fest, welches sowohl bürgerliche und politische wie auch WSK-Rechte verankert.³⁴ Die BRK hält nämlich in Art. 4 Abs. 2 unter anderem fest, dass die im Übereinkommen garantierten WSK-Rechte auch unmittelbar für die Vertragsstaaten verbindliche Gehalte begründen können. In der Botschaft zu diesem Vertrag nimmt der Bundesrat von dieser Sichtweise wieder Abstand: So hält die Botschaft fest, „alle aus den Garantien der BRK fliessenden *Unterlassungspflichten* [erscheinen] ohne Weiteres direkt anwendbar. Das gleiche gilt für *Schutzpflichten*, soweit sie kein gesetzgeberisches Aktivwerden erfordern“.³⁵ Trotzdem wird an gleicher Stelle erneut unter Verweis auf ihre rein programmatische Natur die Justiziabilität von WSK-Rechten insgesamt abgelehnt.³⁶

consider options regarding the elaboration of an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its third session, 14. März 2006, UN Doc. E/CN.4/2006/47.

³² Stellungnahme des Bundesrates zur Motion Allemann (09.3279) vom 20. März 2009 betreffend Ratifikation des Zusatzprotokolls zum UNO-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte.

³³ Botschaft über die Genehmigung des Fakultativprotokolls vom 6. Okt. 1999 zum Übereinkommen vom 18. Dez. 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (OP CEDAW), BBl 2006 9802.

³⁴ Erläuternder Bericht (Entwurf) des Bundesrates vom 22. Dez. 2010 zum Übereinkommen vom 13. Dez. 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderung, S. 56.

³⁵ Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens vom 13. Dez. 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 19. Dez. 2012, BBl 2013 675.

³⁶ A.a.O., BBl 2013 675 f.

IV. DIE POSITION MENSCHENRECHTLICHER ÜBERWACHUNGSORGANE ZUR UNMITTELBAREN ANWENDBARKEIT DER WSK-RECHTE

1. Stellungnahmen gegenüber der Schweiz

Die direkte Geltung der Garantien des Pakts I in den Vertragsstaaten und die Möglichkeit zur Durchsetzung dieser Rechte vor Gericht sind für den Ausschuss für WSK-Rechte zwei zentrale Aspekte, die zu einer effektiven Umsetzung des Paktes beitragen.³⁷ Dass die Schweiz die meisten Garantien des Paktes mehrheitlich als programmatische Vorgaben und Ziele erachtet, ist folglich eine Hauptkritik des Ausschusses für WSK-Rechte gegenüber der Schweiz. Eine Kritik, die bereits beim ersten Staatenberichtsverfahren 1998 geäußert wurde³⁸ und die im jüngsten Berichtsverfahren im Jahr 2010 einen Schwerpunkt des Austausches bildete. Im Dialog äusseren sich verschiedene Mitglieder des Ausschusses kritisch darüber, dass in der Bundesverfassung die Garantien des Pakts I kaum als Rechte ausgestaltet, sondern lediglich als Sozialziele (Art. 41 BV) formuliert³⁹ und einige der Garantien gerichtlich nicht durchsetzbar seien.⁴⁰ Während des Dialoges⁴¹ und in den Schlussbemerkungen⁴² forderte der Ausschuss die Schweiz zudem auf, die Unterzeichnung des Fakultativprotokolls zum Pakt I zu erwägen, und empfahl ihr, Massnahmen für eine umfassende Gesetzgebung zu beschliessen, die allen WSK-Rechten auf Ebene des Bundes und der Kantone einheitlich Geltung verschaffen würde, sowie einen wirksamen Mechanismus zu etablieren, um die Kompatibilität des Landesrechts mit dem Pakt sicherzustellen.⁴³ Ausserdem sollten bei Verstössen gegen die Paktgarantien wirksame Rechtsmittel vorgesehen werden.⁴⁴ Die Schweiz wurde überdies ermutigt, ihre Anstrengungen zur Harmonisierung der kantonalen Gesetzgebungen weiterzuführen, um auf dem gesamten Staatsgebiet eine einheitliche Inanspruchnahme der im Pakt verankerten Rechte sicherzustellen.⁴⁵

Die Nichtanerkennung der Justiziabilität gewisser Garantien der FDK wird auch vom Ausschuss gegen die Diskriminierung der Frau kritisch beurteilt. Dieses Organ stellte fest, dass die Garantien der FDK von den Gerichten generell als nicht direkt anwendbar erachtet und nur selten vorgebracht würden.⁴⁶ Diese Kritik wurde bereits in früheren Berichtsprüfungsverfahren an die Schweiz gerichtet.⁴⁷ Im Unterschied zum Pakt I hat die Schweiz allerdings 2008 das Fakultativ-

³⁷ Vgl. WSK-Ausschuss, General Comment No. 3, Ziff. 6, und General Comment No. 9, Ziff. 3 und 9.

³⁸ WSK-Ausschuss, Concluding observations Switzerland 1998, Ziff. 10-11 und 25-27.

³⁹ WSK-Ausschuss, Summary record Switzerland 2010, Ziff. 15 und 23.

⁴⁰ WSK-Ausschuss, Concluding observations Switzerland 2010, Ziff. 5, und Summary record Switzerland 2010, Ziff. 6 und 19.

⁴¹ WSK-Ausschuss, Summary record Switzerland 2010, Ziff. 19, 21 und 23.

⁴² WSK-Ausschuss, Concluding observations Switzerland 2010, Ziff. 32.

⁴³ A.a.O., Ziff. 5.

⁴⁴ A.a.O.

⁴⁵ A.a.O.

⁴⁶ Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau, Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Switzerland, 7. Aug. 2009, UN Doc. CEDAW/C/CHE/CO/3, Ziff. 15.

⁴⁷ Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau, Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Switzerland, 14. und 17. Jan. 2003, UN Doc. A/58/38, Ziff. 107.

protokoll zur FDK⁴⁸ ratifiziert, so dass bei Verletzung der FDK eine Individualbeschwerde an den Ausschuss möglich ist.

In gleicher Weise wurde der Schweiz im Rahmen der periodischen Überprüfung vor dem Menschenrechtsrat empfohlen, für die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechten zu sorgen.⁴⁹

2. Die Identifikation unmittelbarer Verpflichtungsgehalte der WSK-Rechte

Zur Klärung der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von WSK-Rechten spielen die verschiedenen aus Menschenrechten fließenden Verpflichtungsarten eine entscheidende Rolle. Praxis und Doktrin anerkennen heute nicht nur, dass bürgerliche und politische Rechte, sondern ebenso die WSK-Garantien den Vertragsstaaten eine dreifache Verpflichtung auferlegen: So können alle Menschenrechte auf einer ersten Stufe wirksam durch staatliches Unterlassen („duty to respect“) umgesetzt werden. Auf einer zweiten Stufe haben Staaten dafür besorgt zu sein, dass die Garantien grundsätzlich auch im Verhältnis zwischen Privaten beachtet werden (Schutzpflichten, „duty to protect“), und schliesslich unterstehen sie auch Gewährleistungspflichten („duty to fulfil“).⁵⁰ Der Ausschuss für WSK-Rechte greift in seinen „General Comments“ zu den einzelnen Paktrechten dementsprechend die drei Verpflichtungsebenen regelmässig auf.⁵¹ Ergänzt werden diese drei Verpflichtungsebenen durch das transversale Verbot der Diskriminierung.⁵²

Basierend auf dieser Grundtriage und der Praxis des Ausschusses lassen sich folgende Schichten der WSK-Rechte identifizieren, welche vermutungsweise unmittelbare, d.h. sofort geltende und justiziable Verpflichtungen der Vertragsstaaten begründen.

- (1) Völlig unbestrittenermassen sind *Unterlassungspflichten*, die aus den Garantien des Pakts I fließen, unmittelbar umzusetzen.⁵³ Da diese Verpflichtungsdimension von den Vertragsstaaten zudem weder den Einsatz finanzieller Mittel erfordert, noch legislative Massnahmen zu ihrer Umsetzung ergriffen werden müssen,⁵⁴ können auch keine Zweifel an ihrem justiziablen Charakter vorgebracht werden. Unterlassungspflichten begründen indes keine absolut geltenden Verpflichtungen. Vielmehr macht Art. 4 Pakt I deutlich, dass Einschränkungen rechtmässig sind, „die gesetzlich vorgesehen und mit der Natur dieser Rechte vereinbar sind und deren ausschliesslicher Zweck es ist, das allgemeine Wohl in einer demokratischen Gesellschaft zu fördern“. Ähnlich wie bei klassischen Freiheitsrechten sind daher Beschränkungen dieser Garantien rechtmässig, wenn sie notwendig sind, um ein vordefiniertes Ziel zu erreichen.

⁴⁸ Fakultativprotokoll vom 6. Okt. 1999 zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, SR 0.108.1.

⁴⁹ UN-Menschenrechtsrat, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Switzerland, 7. Dez. 2012, UN Doc. A/HRC/22/11, Ziff. 124.4, sowie Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Switzerland, 28. Mai 2008, UN Doc. A/HRC/8/41, Ziff. 15 und 58. Die Empfehlungen wurden von der Schweiz jeweils abgelehnt.

⁵⁰ KÄLIN/KÜNZLI, S. 103 ff. Dazu auch MATTHIAS KRADOLFER, Verpflichtungsgrad sozialer Menschenrechte – Handlungsspielräume der nationalen Sozialpolitik vor dem Hintergrund von Art. 9 UNO-Pakt I, Archiv des Völkerrechts 2012, S. 262 ff.

⁵¹ Siehe z.B. WSK-Ausschuss, General Comment No. 13, Ziff. 45 ff.

⁵² KÄLIN/KÜNZLI, S. 105.

⁵³ KÜNZLI, S. 534; SCHNEIDER, S. 33; KÄLIN/KÜNZLI, S. 106.

⁵⁴ SCHNEIDER, S. 33.

- (2) Die gleiche Schlussfolgerung im Bereich der *Schutzpflichten*: Schutzpflichten halten den Staat zwar zu einem aktiven Verhalten, sei dies durch legislatorisches Handeln oder durch Gewährung unmittelbaren Schutzes vor privaten Übergriffen, an. Trotzdem verpflichten sie die Staaten grundsätzlich unmittelbar und sind daher als justiziabel einzustufen. Zu berücksichtigen bleibt dabei, dass auch diese Verpflichtungsschicht nicht absolut gilt. Vielmehr sind die Vertragsstaaten auch bei den WSK-Rechten einzig gehalten, unmittelbaren Schutz zu gewähren, wenn die Voraussetzungen des Wissens um die Gefährdung und der faktischen und rechtlichen Möglichkeit zur Schutzgewährung erfüllt sind.⁵⁵

Der Ausschuss für WSK-Rechte hat auch im Bereich der aus dem Pakt I fließenden *Gewährleistungspflichten* Bereiche herausgearbeitet, welche vermutungsweise unmittelbare, d.h. sofort geltende und justiziable Verpflichtungen begründen. Eine solche Rechtsnatur weisen folgende Bereiche der aus WSK-Rechten fließenden Gewährleistungsansprüche auf:

- (3) *Minimalansprüche*: Der Ausschuss für WSK-Rechte anerkennt, dass die Paktgarantien einen „harten Kern“ im Sinne von Minimalansprüchen des Individuums besitzen, ohne deren Gewährleistung das betroffene Recht ausgehöhlt und seines Sinnes beraubt würde. Er hat festgestellt, dass jeder Vertragsstaat die grundlegende Minimalverpflichtung hat, mindestens die Verwirklichung des Kernbereichs jedes Rechtes zu gewährleisten. Ein Vertragsstaat, in welchem bspw. zahlreichen Personen das Wesentliche bezüglich Nahrung, gesundheitlicher Erstversorgung, Unterkunft oder Unterricht fehlt, ist auf den ersten Blick ein Staat, welcher die ihm auf Grund des Pakts I obliegenden Verpflichtungen vernachlässigt.⁵⁶ Der Ausschuss für WSK-Rechte geht somit davon aus, dass eine Nichterfüllung dieser Bereiche eine nur schwer zu widerlegende Vermutung einer Verletzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen eines Staates darstellt. Für Industriestaaten wie die Schweiz dürfte dieser Nachweis kaum je möglich sein. Zumindest in solchen Staaten sind Ansprüche auf Überlebenssicherung in Notlagen deshalb unmittelbar zu erfüllende Minimalansprüche.⁵⁷
- (4) *Leistungsansprüche in Situationen umfassender staatlicher Kontrolle* über eine Person: Weitergehenden, unmittelbar verpflichtenden Ansprüchen unterliegen Staaten gegenüber Personen, die ihre Subsistenzbedürfnisse nicht mehr selbständig befriedigen können, weil sie in staatlichem Gewahrsam sind, sich sonst unter mehr oder weniger vollständiger staatlicher Kontrolle befinden oder weil ihnen der Staat auf andere Weise die selbständige Befriedigung ihrer Subsistenzbedürfnisse verunmöglicht. Diese Personen haben Anspruch auf sozialrechtlich gebotene Leistungen, welche über das Minimum des harten Kerns hinausgehen. So haben z.B. Häftlinge, Patientinnen in psychiatrischer Zwangsbehandlung, Soldaten oder Asylsuchende, denen der Staat die Aufnahme einer Erwerbsarbeit untersagt, Anspruch auf genügende Nahrung, Unterbringung, Bekleidung und medizinische Versorgung. Das Ausmass staatlicher Leistungspflichten in derartigen Situationen bemisst sich nach dem Grad der Un-

⁵⁵ KÄLIN/KÜNZLI, S. 104.

⁵⁶ WSK-Ausschuss, General Comment No. 3, Ziff. 10. Diese Sichtweise wird auch von der Lehre geteilt: Siehe u.a. SCHNEIDER, S. 24; AUDREY R. CHAPMAN/SAGE RUSSELL, Introduction, S. 14 ff., in: CHAPMAN AUDREY R./RUSSELL SAGE, Core obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural rights, Antwerpen/Oxford/New York 2002, S. 1 ff.; EIDE ASBJÖRN, Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach, in: Human Rights Law Journal 1989, S. 35 ff.; KÜNZLI, S. 536.

⁵⁷ WSK-Ausschuss, General Comment No. 12, Ziff. 17: Andere Staaten können sich jedoch bei Nichterfüllung dieser Pflicht dem Vorwurf einer Verletzung entziehen, indem sie nachweisen, dass sie trotz des Einsatzes aller vorhandenen eigenen Mittel und allfälliger Unterstützung der internationalen Gemeinschaft nicht in der Lage waren, die nötigen Leistungen zu erbringen. Dabei muss es sich allerdings um eine objektive Unmöglichkeit und nicht um die fehlende Bereitschaft des Vertragsstaates handeln.

möglichkeit einer Person, selbständig für ihren Unterhalt und die Befriedigung ihrer Grundbedürfnisse zu sorgen.

- (5) Wie weit der Anspruch von Individuen geht, von *Rückschritten von einem einmal erreichten Realisierungsstand* verschont zu bleiben, lässt sich nicht allgemein beantworten. So lässt zwar die progressive Implementierungspflicht des Art. 2 Abs. 1 Pakt I derartige Rückschritte problematisch erscheinen, und Abs. 2 dieser Bestimmung macht deutlich, dass Abbauschritte nie diskriminierend erfolgen dürfen. Andererseits müssen Staaten nicht mehr als die „geeigneten Mittel“ einsetzen, was die Realisierungspflichten wesentlich vom Stand der tatsächlich vorhandenen Mittel abhängig macht. Der Ausschuss für WSK-Rechte hat den Grundsatz entwickelt, dass der Abbau eines einmal erreichten Verwirklichungsstandes nicht absolut verboten ist. Werden aber Rückschritte bewusst vorgenommen, hat der Staat nachzuweisen, dass sie nach sorgfältiger Prüfung aller Alternativen beschlossen wurden und sie im Hinblick auf die Gesamtheit aller Paktrechte und auf die volle Nutzung der verfügbaren Ressourcen gerechtfertigt sind.⁵⁸ Der Ausschuss für WSK-Rechte prüft dabei, (1) ob die Begründung für die Rückschritte auf sachlichen Gründen beruht, (2) ob Alternativen dazu umfassend geprüft wurden, ob (3) die davon betroffenen Gruppen bei dieser Prüfung einbezogen wurden, ob (4) die Rückschritte eine direkte oder indirekte Diskriminierung bewirken, ob (5) die Rückschritte einen nachhaltigen Einfluss auf die Realisierung der betroffenen Garantien haben oder gar die Minimalansprüche tangieren und ob (6) die Rückschritte auf nationaler Ebene von unabhängiger Seite überprüft wurden.⁵⁹ Diese Vorgaben können – wie eine sich entwickelnde Praxis internationaler Gerichte illustriert⁶⁰ – sehr wohl gerichtlich überprüft werden, weshalb der Anspruch von Rückschritten im Bereich der Realisierung der Paktrechte verschont zu werden, zumindest in diesem Umfang wohl als justiziabel bezeichnet werden kann.

Bei den übrigen Bereichen der Gewährleistungspflichten wird hingegen die Notwendigkeit des Einsatzes von knappen Ressourcen, die den einzelnen Staaten in ungleichem Mass zur Verfügung stehen, besonders augenfällig. Deshalb erscheint klar, dass ihre Erfüllung nicht von allen Staaten unabhängig von ihren wirtschaftlichen Möglichkeiten gefordert werden kann. Diese Einschätzung liegt der allgemeinen Verpflichtungsklausel von Art. 2 Pakt I zu Grunde, welche die Vertragsstaaten anhält, „nach und nach mit allen geeigneten Mitteln (...) die volle Verwirklichung“ der Paktgarantien zu erreichen. Leistungspflichten ausserhalb der oben identifizierten Bereiche aus diesem Vertrag sind daher grundsätzlich nicht unmittelbar, sondern progressiv nach Massgabe der vorhandenen staatlichen Ressourcen zu verwirklichen. Für vorliegende Studie sind diese klar nicht justiziablen Schichten daher nicht weiter zu berücksichtigen.

In den folgenden Abschnitten wird – soweit für die konkrete Garantie geeignet – basierend auf diesem durch den WSK-Ausschuss entwickelten Raster einzeln geprüft, ob diese Gehalte der einzelnen Garantien des Pakts I im schweizerischen Landesrecht als Rechte des Individuums resp. als Verpflichtung des Staates normiert sind und daher Missachtungen dieser Vorgaben vor Verwaltungsbehörden und Gerichten eingeklagt werden können.

⁵⁸ WSK-Ausschuss, General Comments No. 3, Ziff. 9, No. 13, Ziff. 45, No. 15, Ziff. 19, No. 19, Ziff. 42, und No. 21, Ziff. 65.

⁵⁹ So der WSK-Ausschuss für das Recht auf Soziale Sicherheit; General Comment No. 19, Ziff. 42.

⁶⁰ So etwa Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, *Acevedo Buendia et al. (Discharged and Retired Employees of the Comptroller) v. Peru*, Series C, Vol. 198 (2009), Ziff. 102.

V. DISKRIMINIERUNGSVERBOTE UND GLEICHHEITSGEBOTE

1. Diskriminierungsverbot (Art. 2 Abs. 2 Pakt I)

Das akzessorische Diskriminierungsverbot von Art. 2 Abs. 2 Pakt I wird vom Ausschuss für WSK-Rechte als unmittelbar geltende Querschnittverpflichtung erachtet.⁶¹ Dies ergibt sich auch aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 2, wo nicht wie bei den meisten materiellen Garantien von Pakt I bloss von einer Anerkennung eines bestimmten Rechts die Rede ist, sondern von einer Verpflichtung zur Gewährleistung. Staaten haben daher nicht nur dafür besorgt zu sein, dass die nationale Gesetzgebung keine direkt oder indirekt diskriminierenden Unterscheidungen vornimmt, sondern auch unmittelbar nach Ratifizierung damit zu beginnen, strukturelle Benachteiligungen Angehöriger bestimmter Gruppierungen zu beseitigen.⁶² Aus diesem Grund wird das Diskriminierungsverbot bereits in einem der ersten General Comments des Ausschusses für WSK-Rechte als Beispiel einer Garantie des Pakts I benannt, die besonders gut mittels gerichtlicher Beschwerde durchgesetzt werden kann.⁶³

In der Schweiz verankert Art. 8 Abs. 2 BV nicht „bloss“ ein akzessorisches, sondern ein selbständiges Diskriminierungsverbot. Diese justiziable Garantie entfaltet ihre Schutzwirkung daher nicht nur in den von den Grundrechten der Bundesverfassung abgedeckten Sachbereichen, sondern auch integral in denjenigen des Pakts I.⁶⁴ Somit können Individuen unter Berufung auf die Verfassung gegen Diskriminierungen auf kantonaler oder Bundesebene in sachlichen Schutzbereichen des Pakts I vorgehen.⁶⁵

2. Gleichheit von Frauen und Männern (Art. 3 Pakt I)

Nach Art. 3 Pakt I verpflichten sich die Vertragsstaaten, „die Gleichberechtigung von Mann und Frau bei der Ausübung aller in diesem Pakt festgelegten wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte sicherzustellen“. Wie seine Parallelbestimmung von Art. 3 Pakt II verdeutlicht diese „unmittelbar und zwingend“ geltende Bestimmung⁶⁶ erstens die Geltung des Diskriminierungsverbots zwischen Mann und Frau.⁶⁷ Zweitens haben Vertragsstaaten mittels aktiver Massnahmen für eine faktische Gleichstellung von Frauen und Männern besorgt zu sein.⁶⁸

⁶¹ WSK-Ausschuss, General Comment No. 20, Ziff. 7.

⁶² A.a.O., Ziff. 8 und 9.

⁶³ WSK-Ausschuss, General Comment No. 3, Ziff. 5.

⁶⁴ Dieser Schluss gilt nicht für die übrigen durch die Schweiz ratifizierten und mit einem Diskriminierungsverbot versehenen Menschenrechtsverträge: So ist sind die Diskriminierungsverbote gemäss Art. 2 Abs. 2 Pakt II und Art. 14 EMRK zwar zweifellos justiziablel, aber akzessorisch, d.h. nicht in den durch Pakt I abgedeckten Sachbereichen anwendbar. Selbständig sind hingegen die Diskriminierungsverbote von Art. 26 Pakt II und Art. 1 ZP 12/EMRK. Während die Schweiz aber zu erstgenannter Bestimmung einen Vorbehalt angebracht hat, der sie auf ihre akzessorische Wirkung beschränkt, hat sie das ZP 12/EMRK weder ratifiziert noch unterzeichnet.

⁶⁵ Dies infolge der Regelung von Art. 190 BV allerdings nur, wenn die Diskriminierung nicht in einem Bundesgesetz angelegt ist.

⁶⁶ WSK-Ausschuss, General Comment No. 16, Ziff. 16.

⁶⁷ A.a.O., Ziff. 2-3.

⁶⁸ A.a.O., Ziff. 21 ff.

In ähnlicher Weise verdeutlicht auch Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV, wonach Mann und Frau gleichberechtigt sind, die Geltung des Diskriminierungsverbots aus Gründen des Geschlechts. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis ist eine Unterscheidung aufgrund des Geschlechts gar absolut verboten und kann somit nicht gerechtfertigt werden.⁶⁹ Satz 2 von Art. 8 Abs. 3 BV enthält einen Gesetzgebungsauftrag: Das Gesetz soll für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit, besorgt sein. Auf Bundesebene wurde dieser Auftrag zumindest für den Bereich der Arbeitswelt mit dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau (Gleichstellungsgesetz; GIG) erfüllt.⁷⁰ Gemäss Art. 5 dieses Erlasses kann sich jede Person, die von einer Diskriminierung im Arbeitsleben betroffen ist, an ein Gericht wenden.

3. Beurteilung

Das Diskriminierungsverbot der Bundesverfassung und das Gleichstellungsgesetz verankern im Bereich der aus Art. 2 und 3 Pakt I fließenden Verpflichtungen gerichtlich von Individuen durchsetzbare Rechte.

⁶⁹ Siehe etwa BGE 129 I 265, E. 3.2; es sei denn, dass biologische oder funktionale Gründe eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen. Siehe dazu detaillierter KIENER/KÄLIN, S. 444 ff.

⁷⁰ Siehe dazu auch hinten S. 17.

VI. RECHT AUF ARBEIT (ART. 6 PAKT I)

1. Unterlassungspflichten

Der Ausschuss für WSK-Rechte hat den Inhalt des Rechts auf Arbeit in seinem General Comment No. 18 konkretisiert. Danach verankert dieses Menschenrecht namentlich keinen unbedingten Anspruch auf eine Arbeitsstelle.⁷¹ Vielmehr steht der Unterlassungsanspruch im Vordergrund, seine Arbeit frei wählen zu können. Diese Prioritätensetzung ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 Pakt I, wonach das Recht auf Arbeit „das Recht jedes einzelnen auf die Möglichkeit, seinen Lebensunterhalt durch *frei gewählte oder angenommene* Arbeit zu verdienen, umfasst“. Grundsätzlich schützt daher Art. 6 Pakt I die freie Berufswahl und verbietet die staatliche Zwangsarbeit.⁷² Diese Verpflichtungen sind unmittelbarer Natur und zweifelsohne direkt anwendbar. Mitgliedstaaten des Pakts haben daher die Zwangsarbeit zu verbieten und davon abzuweichen, gewissen verletzlichen Gruppierungen den Zugang zum Arbeitsmarkt zu erschweren oder zu untersagen.⁷³ Dabei ist das Nichtdiskriminierungsprinzip von Art. 2 Abs. 2 Pakt I direkt anwendbar.⁷⁴ Die Unterlassungspflichten umfassen ferner ein Verbot staatlicher Kinderarbeit.⁷⁵

Der Anspruch, seine Arbeit frei wählen zu können, wird in der Bundesverfassung durch die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet. Denn dieses in Art. 27 BV verankerte Grundrecht umfasst gemäss Abs. 2 „insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freien Ausübung“. Mit anderen Worten enthält diese Garantie ein subjektives und gerichtlich durchsetzbares Recht auf Teilnahme am Wettbewerb und damit auf Berufswahlfreiheit, Berufszugangsfreiheit und die Berufsausübungsfreiheit, aber auch ein *Verbot staatlicher Zwangsarbeit*.⁷⁶ Die grosse Mehrheit der Kantone setzt den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit in ihren Kantonsverfassungen in vergleichbarer Weise um oder verweist dazu auf die Bundesverfassung. Einen Schritt weiter geht der Kanton Jura, der in seiner Verfassung explizit ein „Recht auf Arbeit“ anerkennt.⁷⁷ Der Kanton Basel-Stadt nennt in seiner Verfassung als einziger Kanton ein ausdrückliches Verbot der Zwangsarbeit.⁷⁸

Diese Ansprüche sind zusätzlich in unbestritten justiziable Weise in durch die Schweiz ratifizierten Menschenrechtsabkommen verankert: So enthält Art. 4 Abs. 2 EMRK ein Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit.⁷⁹ Art. 8 Abs. 3 lit. a Pakt II verankert ein nahezu identisches Verbot. Die Schweiz ist zudem Vertragsstaat des ILO-Übereinkommens No. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit.⁸⁰ Ferner kann gemäss einer neueren Praxis des Bundesgerichts das Recht auf

⁷¹ WSK-Ausschuss, General Comment No. 18, Ziff. 6.

⁷² A.a.O., Ziff. 6.

⁷³ A.a.O., Ziff. 24.

⁷⁴ A.a.O., Ziff. 33.

⁷⁵ D.h. von Personen unter 16 Jahren; WSK-Ausschuss, General Comment No. 18, Ziff. 24.

⁷⁶ Siehe dazu etwa MÜLLER/SCHÉFER, S. 1047 f.

⁷⁷ Art. 19 KV-JU. Abs. 1 dieser Bestimmung lautet: „Das Recht auf Arbeit ist anerkannt“. Die Konturen dieses Anspruchs verbleiben indes bis heute weitgehend unscharf.

⁷⁸ § 11 Abs. 1 lit. d KV-BS.

⁷⁹ Ausnahmen von diesem Verbot sieht Art. 4 Abs. 3 EMRK für Arbeiten während des Freiheitsentzugs, für den obligatorischen Militärdienst und Katastrophenschutz und für normale Bürgerpflichten vor.

⁸⁰ Vom 25. Juni 1957, SR 0.822.720.5.

Privat- und Familienleben dem Staat untersagen, etwa Asylsuchende mit einem jahrelangen Arbeitsverbot zu belegen.⁸¹

Das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz; ArG) enthält Sondervorschriften zum Schutze von jugendlichen Arbeitnehmenden. Laut Art. 30 Abs. 1 Arbeitsgesetz dürfen Jugendliche vor dem vollendeten 15. Altersjahr grundsätzlich nicht beschäftigt werden.⁸²

2. Schutzpflichten

Art. 6 Pakt I stipuliert auch unmittelbar anwendbare Schutzpflichten. Die Mitgliedstaaten haben namentlich Bestimmungen zu erlassen oder Massnahmen zu ergreifen, um allen Personen einen *diskriminierungsfreien Zugang zum (privaten) Arbeitsmarkt zu gewährleisten*. Zudem fällt es in die Verantwortlichkeit des Staates, *Zwangsarbeit in der Privatwirtschaft zu verbieten und Regeln zum Schutz vor ungerechtfertigten Kündigungen zu erlassen*.⁸³

Wie oben erwähnt⁸⁴ enthält Art. 8 Abs. 2 BV ein allgemeines und selbständiges justiziables Diskriminierungsverbot, welches sich auch auf den Zugang zum Arbeitsmarkt erstreckt, und Abs. 3 dieser Bestimmung hält fest, dass die Gleichstellung von Mann und Frau sich auch auf den Bereich „Arbeit“ bezieht. Konkretisiert wird die Gleichstellung von Mann und Frau im Arbeitsbereich im Gleichstellungsgesetz. Das Diskriminierungsverbot umfasst laut Art. 3 Abs. 2 dieses Erlasses auch die Anstellungsphase. Die meisten Kantonsverfassungen kennen ein zur Bundesverfassung gleichwertiges Diskriminierungsverbot.⁸⁵ Zusätzlich existiert auf Bundesebene ein Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz; BehiG). Der Geltungsbereich dieses Gesetzes erstreckt sich gemäss seinem Art. 3 lit. g auf Arbeitsverhältnisse nach dem Bundespersonalgesetz (BPG), weshalb dieser Erlass eigentlich streng genommen nicht Schutz-, sondern einzig Gewährleistungspflichten beschlägt. Laut Art. 13 Abs. 1 BehiG setzt der Bund als Arbeitgeber alles daran „Behinderten gleiche Chancen wie nicht Behinderten anzubieten“.

Der Schutz vor ungerechtfertigten Kündigungen privater Arbeitsverhältnisse wird auf Bundesebene in Art. 336 ff. Obligationenrecht (OR) normiert. Die wesentlichen – gerichtlich durchsetzbaren – Bestimmungen sind dabei Art. 336 OR über die missbräuchliche Kündigung, Art. 336c OR über die Kündigung zur Unzeit durch den Arbeitgeber und Art. 337 OR über die fristlose Auflösung von Arbeitsverträgen aus wichtigen Gründen. Auch das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann sieht Normen zum Kündigungsschutz vor. Nach Art. 9 GIG ist bei diskriminierender Kündigung das Verfahren nach Art. 336b OR anwendbar, während Art. 10 GIG sich mit dem Kündigungsschutz befasst. Art. 10 ff. BPG regelt die Beendigung des Arbeitsverhältnis für Bundesangestellte. Besonders relevant ist für den Kündigungsschutz Art. 14 BPG. Unter anderem

⁸¹ BGE 138 I 246.

⁸² Die Schweiz ist überdies dem ILO-Übereinkommen No. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung vom 26. Juni 1973, SR 0.822.723.8., beigetreten, welches dafür sorgen soll, dass die Kinderarbeit in öffentlichen und in privaten Arbeitsverhältnissen verboten wird.

⁸³ WSK-Ausschuss, General Comment No. 18, Ziff. 11, 13, 17 und 25.

⁸⁴ Siehe vorne S. 47.

⁸⁵ Art. 6 Abs. 1 KV-AR; Art. 15 KV-GE; Art. 4 Abs. 1 KV-GL; Art. 6 Abs. 1 KV-JU; Art. 8 Abs. 2 KV-NE; Art. 2 Abs. 1 KV-NW; Art. 2 lit. b KV-SG; Art. 11 Abs. 1 KV-SH; Art. 7 Abs. 1 KV-SO; § 3 KV-TG; Art. 7 Abs. 2 KV-TI; Art. 11 Abs. 1 KV-UR; Art. 10 Abs. 3 KV-VD; Art. 3 Abs. 1 KV-VS; § 5 Abs. 1 KV-ZG; Art. 11 Abs. 3 KV-ZH. Der Kanton Schwyz etwa verweist allgemein auf die BV; § 10 KV-SZ.

wird auch hier wieder auf die Kündigung zur Unzeit nach Art.336c OR verwiesen. Die Kantone sehen in ihren Personalgesetzen Normen des Kündigungsschutzes vor.⁸⁶ Etliche kantonale Personalgesetze verweisen bezüglich des allgemeinen Schutzes vor Kündigungen zu Unzeiten auf das OR⁸⁷ und für den Kündigungsschutz bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes auf die Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes.⁸⁸

3. Gewährleistungspflichten

Das Recht auf Arbeit umfasst ein ganzes Bündel von Gewährleistungspflichten, die aber weitgehend progressiv zu erfüllen und damit nicht direkt anwendbar sind.⁸⁹ Auch dieses Recht enthält aber Minimalverpflichtungen, die vermutungsweise direkt anwendbar sind: Dazu zählen gemäss dem Ausschuss für WSK-Rechte insbesondere Massnahmen zur Ermöglichung des (diskriminierungsfreien) Zugangs zum Arbeitsmarkt für Angehörige benachteiligter Gruppierungen, um diesen ein Leben in Würde zu ermöglichen.⁹⁰

In der Schweiz werden diese Vorgaben einerseits durch das Sozialversicherungssystem und die Sozialhilfe⁹¹ und andererseits durch spezifische Massnahmen im Bereich der Berufsbildung umgesetzt.⁹²

4. Beurteilung

Die aus dem Recht auf Arbeit fliessenden Unterlassungspflichten werden in der Schweiz auf justiziable Art umgesetzt. Dieser Schluss gilt indirekt auch für die Schutzpflichten, hat doch die Schweiz ihre diesbezüglichen Gesetzgebungsaufträge so umgesetzt, dass es Individuen ermöglicht wird, gerichtlich gegen Private, welche in durch das Recht auf Arbeit geschützte Bereiche eingreifen, gerichtlich vorzugehen.

⁸⁶ Z.B. Art. 28 PG-BE; § 37 PG-BS; Art. 15 PG-SH.

⁸⁷ Z.B. § 37 PG-BS; Art. 15 Abs. 2 PG-SH.

⁸⁸ Z.B. Art. 15 Abs. 3 PG-SH.

⁸⁹ Siehe WSK-Ausschuss, General Comment No. 18, Ziff. 26-28.

⁹⁰ A.a.O., Ziff. 31.

⁹¹ Siehe dazu hinten S. 29 ff. und 32 ff.

⁹² Siehe dazu hinten S. 56 ff.

VII. RECHT AUF GERECHTE UND GÜNSTIGE ARBEITSBEDINGUNGEN (ART. 7 PAKT I)

Nach Art. 7 Pakt I „erkennen [die Vertragsstaaten] das Recht eines jeden auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen an“. Solche Arbeitsbedingungen umfassen insbesondere die Bereiche Entlohnung, gesunde Arbeitsbedingungen oder Begrenzungen der Arbeitszeiten. Art. 7 Pakt I ist daher primär mittels Wahrnehmung von Schutz- und Gewährleistungsverpflichtungen zu erfüllen; Unterlassungspflichten spielen bei dieser Garantie nur eine äusserst marginale Rolle. Im Gegensatz zu den meisten übrigen Garantien des Pakts I hat der Ausschuss zu dieser Bestimmung noch keinen „General Comment“ verfasst, weshalb teilweise (noch) undeutlich bleibt, welche Bereiche diese Garantie umfasst.

1. Schutzpflichten

- *Entlohnung*: Art. 7 lit. a Pakt I fordert ein Arbeitsentgelt, welches so ausgestaltet ist, dass ein angemessener Lebensunterhalt im Sinne von Art. 11 Pakt I bestritten werden kann (lit. a [ii]). Der Staat hat daher die Pflicht, einklagbare Mindestlöhne vorzuschreiben und durchzusetzen, falls die Sozialpartner in dieser Frage zu keiner Einigung gelangen.

Laut Art. 41 Abs. 1 lit. d BV setzen sich Bund und Kantone dafür ein, dass Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können. Dieses Sozialziel begründet aber nach Art. 41 Abs. 4 BV keine unmittelbaren und damit gerichtlich durchsetzbaren Individualansprüche. Art. 110 Abs. 1 lit. b BV erteilt dem Bund aber die Kompetenz, Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite, insbesondere über die gemeinsame Regelung betrieblicher und beruflicher Angelegenheiten, zu erlassen. Dies kann auch die Entlohnung mitumfassen. Das schweizerische Arbeitsrecht basiert indes grundsätzlich auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit und schreibt daher keine Mindestlöhne vor. Gegenwärtig ist aber die sog. „Mindestlohn-Initiative“ auf Bundesebene hängig, welche unter anderem die Aufnahme eines Gesetzgebungsauftrages zur Festlegung verbindlicher und einklagbarer Mindestlöhne in die Verfassung fordert.⁹³ Durchsetzbare Mindestlohnklauseln sind jedoch häufig in den Gesamtarbeitsverträgen enthalten.⁹⁴ Weiter befasst sich Art. 360a Abs. 1 OR mit den Voraussetzungen zur Festlegung von Mindestlöhnen. Danach kann die zuständige Behörde, falls innerhalb einer Branche oder einem Beruf die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten werden und kein Gesamtarbeitsvertrag mit Bestimmungen über Mindestlöhne vorliegt, Normalarbeitsverträge erlassen, die Mindestlöhne vorsehen. Ausserdem schreibt das Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor, dass die Arbeitgeber den entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens die Lohnbedingungen garantieren müssen, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates, allge-

⁹³ Die Eidgenössische Volksinitiative „Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)“ (BBI 2011 909) fordert die Aufnahme eines neuen Art. 110a in die BV. Demnach sollten Bund und Kantone „Massnahmen zum Schutz der Löhne auf dem Arbeitsmarkt treffen“ (Abs. 1). Zudem soll der Bund verpflichtet werden, einen für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geltenden gesetzlichen Mindestlohn festzusetzen (Abs. 3). Der Bundesrat empfiehlt in seiner Botschaft diese Initiative zur Ablehnung (BBI 2013 1211). Er nimmt dabei keinen Bezug auf die Vorgaben des Pakts I.

⁹⁴ Siehe für statistische Angaben zur Bedeutung von Gesamtarbeitsverträgen in der Schweiz die Ausführungen des Bundesrats in BBI 2013 1247 ff.

mein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen im Sinne von Art. 360a OR vorgeschrieben sind.⁹⁵

Auch die Kantonsverfassungen enthalten nur wenige Bestimmungen über die Entlohnung der Arbeit, welche in den meisten Fällen zudem nicht justiziabel sind.⁹⁶ Eine Ausnahme ist der Kanton Jura, der in seiner Kantonsverfassung festhält, dass jeder Erwerbstätige Anspruch auf den Lohn hat, „der ihm einen menschenwürdigen Lebensunterhalt sichert“.⁹⁷ Bereits seit 2011 kennt überdies der Kanton Neuenburg in seiner Verfassung einen Auftrag zur Festlegung von Mindestlöhnen.⁹⁸ Sobald diesen Gesetzaufträgen nachgekommen sein wird, besteht in diesen Kantonen damit integral ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf einen Mindestlohn.

- *Gleicher Lohn für gleiche Arbeit:* Die Entlohnung nach Art. 7 lit. a (i) Pakt I ist so zu gewährleisten, dass für gleichwertige Arbeit der gleiche Lohn ausbezahlt wird. Dabei weist diese Bestimmung insbesondere auf den Grundsatz des gleichen Lohns unabhängig vom Geschlecht hin. Diese Vorgabe ist laut dem Ausschuss für WSK-Rechte unmittelbar von nationalen Gerichten und Behörden anwendbar.⁹⁹

Laut Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV haben Mann und Frau Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit. Der Anspruch nach Art. 8 Abs. 3 Satz 3 ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein direkt anwendbares Grundrecht.¹⁰⁰ Er gilt sowohl für öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Anstellungsverhältnisse.¹⁰¹ Das Gleichstellungsgesetz erwähnt unter dem Diskriminierungsverbot nach Art. 3 Abs. 2 insbesondere die Entlohnung. Art. 5 Abs. 1 lit. d GIG hält fest, dass Betroffene bei einer Diskriminierung nach Art. 3 des Gesetzes die Zahlung des geschuldeten Lohns dem Gericht oder der Verwaltungsbehörde beantragen können. Rund die Hälfte der Kantone hält den Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ überdies auch in ihren Kantonsverfassungen fest.¹⁰²

- *Gesunde Arbeitsbedingungen:* Art. 7 lit. b Pakt I verankert den Anspruch auf sichere und gesunde Arbeitsmöglichkeiten. Diese sind auf dem Weg der Gesetzgebung zu konkretisieren und zu sichern, wobei hier verschiedene einschlägige ILO-Übereinkommen eine detaillierte Anleitung geben.

Zur Sicherung des Schutzes der Arbeitnehmenden kann der Bund nach Art. 110 Abs. 1 lit. a der BV Vorschriften erlassen, die auch die Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz umfas-

⁹⁵ Art. 2 Abs. 1 BG vom 8. Okt. 1999 über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Entsendegesetz), SR 823.20.

⁹⁶ Z.B. § 17 lit. b KV-BL; Art. 14 Abs. 1 lit. a KV-TI.

⁹⁷ Art. 19 Abs. 3 KV-JU. Im Jahr 2013 wurde im Kanton Jura überdies eine Volksinitiative in Form einer allgemeinen Anregung angenommen, welche das Parlament angesichts dieser Bestimmung unter anderem auffordert, Mindestlöhne festzulegen; Volksinitiative „Un Jura aux salaires décentes“ angenommen am 4. März 2013. In den Kantonen Genf und Waadt wurden Mindestlohninitiativen abgelehnt.

⁹⁸ Art. 34a KV-NE: „L'Etat institue un salaire minimum cantonal dans tous les domaines d'activité économique, en tenant compte des secteurs économiques ainsi que des salaires fixés dans les conventions collectives, afin que toute personne exerçant une activité salariée puisse disposer d'un salaire lui garantissant des conditions de vie décentes“.

⁹⁹ WSK-Ausschuss, General Comment No. 3, Ziff. 5.

¹⁰⁰ BGE 131 I 105, E. 3.6; BGE 131 II 393, E. 8.3; BGE 126 II 217, E. 4.a; BGE 117 Ia 262, E. 2.c; BGE 113 Ia 107, E. 1.a.

¹⁰¹ MÜLLER/SCHÉFER, S. 750.

¹⁰² Art. 6 Abs. 2 KV-AR; Art. 10 Abs. 2 KV-BE; § 17 lit. c KV-BL; § 9 Abs. 2 KV-BS; Art. 15 Abs. 4 KV-GE; Art. 9 Abs. 2 KV-FR; Art. 20 lit. f KV-JU; Art. 8 Abs. 2 KV-NE; Art. 11 Abs. 2 KV-SH; Art. 7 Abs. 3 KV-TI; Art. 10 Abs. 4 KV-VD; Art. 11 Abs. 3 KV-ZH.

sen können. Der wichtigste ausführende Erlass ist in dieser Hinsicht das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel. Der Kernartikel zum Gesundheitsschutz ist Art. 6 ArG, welcher besagt, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, „zum Schutze der Gesundheit der Arbeitnehmer alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind“.¹⁰³ Neben dem Arbeitsgesetz befassen sich eine Reihe von spezifischeren Bundesgesetzen¹⁰⁴ sowie Bundesverordnungen¹⁰⁵ mit gesunden und sicheren Arbeitsmöglichkeiten. Die Kantonsverfassungen enthalten keine justiziablen Normen bezüglich sicheren und gesunden Arbeitsmöglichkeiten.¹⁰⁶ Gewisse Kantone sehen das Recht vor, ergänzende Normen zum Arbeitnehmerschutz erlassen zu können.¹⁰⁷ Die kantonalen Gesetze und Verordnungen enthalten keine weiterführenden justiziablen Schutzbestimmungen als auf Bundesebene.¹⁰⁸ Der wesentliche Schutz von sicheren und gesunden Arbeitsmöglichkeiten ist damit auf Stufe Bund in gerichtlich durchsetzbarer Weise gewährleistet.

- *Aufstiegsmöglichkeiten:* Art. 7 lit. c Pakt I verweist auf die Gewährleistung des Rechts auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen durch objektivierte Aufstiegsmöglichkeiten. Auch hier geht es im Kern wieder um das Diskriminierungsverbot, welches der Staat flächendeckend (öffentlicher sowie privater Sektor) durchzusetzen hat. Weitere unmittelbar anwendbare Verpflichtungen ergeben sich daraus nicht. Mangels eines allgemeinen Diskriminierungsgesetzes dürfte die gerichtliche Durchsetzung dieses Anspruchs in privaten Verhältnissen in der Schweiz kaum möglich sein.
- *Beschränkung Arbeitszeiten:* Schlussendlich konkretisiert lit. d von Art. 7 Pakt I die gerechten und günstigen Arbeitsbedingungen dahingehend, dass die ausgeübte Arbeit zeitlich in verschiedener Hinsicht zu beschränken ist. Verwiesen wird auf Arbeitspausen, Freizeit, regelmässigen Urlaub sowie Vergütung gesetzlicher Feiertage. Auch bezüglich der Beschäftigungsdauer spielt das Diskriminierungsverbot eine Rolle. Aus Art. 7 lit. d ergibt sich also für den Staat die unmittelbare Verpflichtung die aufgezählten zeitlichen Arbeitsbeschränkungen diskriminierungsfrei einzuführen. Die genaue Ausgestaltung der Arbeitszeiten bzw. Pausen/Ferien sind auf dem Wege der Gesetzgebung zu konkretisieren.

Laut Art. 110 Abs. 1 lit. a BV kann der Bund auch in diesem Bereich Vorschriften erlassen. Die Arbeits- und Ruhezeiten sind in genereller Weise in Art. 9 ff. des Arbeitsgesetzes gere-

¹⁰³ Daneben befassen sich auch Art. 35 und 36a ArG mit dem Gesundheitsschutz. Der Anwendungsbereich des Gesundheitsschutzes des Arbeitsgesetzes wurde durch Art. 3a ausgeweitet. Diese Bestimmungen gelten gemäss Art. 3a ArG auch in der Verwaltung von Bund, Kantonen und Gemeinden.

¹⁰⁴ Art. 3 ff. (Zeitbeschränkungen) BG über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs vom 8. Okt. 1971 (Arbeitszeitgesetz), SR 822.21; Art. 2 ff. Entsendegesetz (Anm. 95); Art. 5 ff. BG über die Heimarbeit vom 20. März 1981 (Heimarbeitsgesetz), SR 822.31.

¹⁰⁵ Art. 3 ff. VO vom 19. Dez. 1983 über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten, SR 832.30; Art. 3 ff. VO über die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Bauarbeiten vom 29. Juni 2005, SR 832.311.141; Art. 5 ff. VO 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung) vom 28. Sept. 2007, SR 822.115; Art. 46 ff. VO 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (ArGV 1), SR 822.111; Art. 28 ff. VO über die Einreise-, Aufenthalts- und Arbeitsbedingungen der privaten Hausangestellten von Personen, die Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen geniessen vom 6. Juni 2011, SR 192.126.

¹⁰⁶ Siehe als nicht-justiziables Beispiel Art. 39 Abs. 2 KV-BE: „Der Kanton fördert die Arbeitssicherheit und die Arbeitsmedizin“.

¹⁰⁷ Art. 28 Abs. 2 KV-GL; Art. 14 KV-VS; Art. 20 lit. c KV-JU; Art. 28 Abs. 2 KV-GL; § 52 Abs. 1 KV-AG.

¹⁰⁸ Siehe z.B. BL: VO über Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz vom 5. Nov. 2002, SGS-BL 143.81 (Einsetzung von Fachstellen); BE: Baugesetz vom 9. Juni 1985, BSG 721.0 (Einsetzung Baupolizei); TG: § 13a VO zum Gesetz über das Gastgewerbe und den Handel mit alkoholhaltigen Getränken, RB-TG 554.511.

gelt. Daneben befassen sich auch hier spezifischere Bundesgesetze¹⁰⁹ und Bundesverordnungen¹¹⁰ mit den Arbeits- und Ruhezeiten. Die Kantonsverfassungen beschäftigen sich nicht mit der Frage der angemessenen Arbeitszeiten. Die Kantone kennen aber Einführungsgesetze oder Verordnungen zum eidgenössischen Arbeitsgesetz, die teilweise gewisse Arbeitszeitbeschränkungen vorsehen. So werden in diesen Erlassen die für den jeweiligen Kanton geltenden Feiertage festgelegt.¹¹¹

2. Gewährleistungspflichten

- *Entlöhnung Staatsangestellte:* Für Bundesangestellte sind die Entlöhnungsgrundsätze in Art. 15 BPG geregelt. Gemäss Abs. 1 wird den Angestellten ein Lohn ausgerichtet. Dieser bemisst sich nach Funktion, Erfahrung und Leistung. Laut Abs. 2 regelt der Bundesrat die Mindestlöhne. Auch die kantonalen Personalgesetze sehen justiziable Ansprüche auf einen Lohn für die Staatsangestellten vor.¹¹² Zumeist bemisst sich dieser analog zu Art. 15 Abs. 1 des BPG.¹¹³
- *Gleicher Lohn für gleiche Arbeit bei Staatsangestellten:* Das Bundespersonalgesetz wiederholt den Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ für Bundesangestellte nicht explizit. Der Lohn soll laut Art. 15 Abs. 1 BPG aber nur aufgrund der Funktion, der Erfahrung sowie der Leistung berechnet werden. Das Geschlecht darf dabei keine Rolle spielen. Gewisse kantonale Personalgesetze wiederholen den Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“¹¹⁴, andere haben die gleiche oder eine ähnlich Lohnberechnung wie das Bundespersonalgesetz, die eine Ungleichbehandlung der Geschlechter nicht zulässt.¹¹⁵
- *Arbeitszeiten Staatsangestellte:* Die Arbeitszeiten für Bundesangestellte regelt das Bundespersonalgesetz¹¹⁶ und diejenigen für Kantonsangestellte normieren in den meisten Fällen Verordnungen (zumeist Personalverordnung)¹¹⁷ in gerichtlich durchsetzbarer Weise.

3. Beurteilung

Das schweizerische Landesrecht setzt die Vorgaben des Art. 7 Pakt I im Bereich der Gewährleistungspflichten mittels direkt anwendbaren Landesrechts, im Umfang, wie sie von Art. 7 Pakt I gefordert werden, um. Die aus dieser Bestimmung resultierenden Schutzpflichten sind – soweit sie umgesetzt worden sind – insoweit justizierbar, als zwar nicht das staatliche Aktivwerden, sprich

¹⁰⁹ Art. 3 ff. Arbeitszeitgesetz (Anm. 104); Art. 2 Entsendegesetz (Anm. 95); Art. 7 Heimarbeitsgesetz (Anm. 104).

¹¹⁰ Art. 10 ff. Jugendarbeitsschutzverordnung (Anm. 105); Art. 13 ff. ArGV 1 (Anm. 105); Art. 6 ff. VO über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs vom 26. Jan. 1972, SR 822.211.

¹¹¹ Z.B. BS: § 9 EG zum BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 29. Juni 1967, SG-BS 812.100; AR: Art. 7 VO zum BG vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz), bGS 822.11; SH: § 7 VO zum Arbeitsgesetz und zum BG über die Unfallversicherung vom 22. März 2011, SHR 822.101; AI: Art. 17 Vollziehungsverordnung zum Arbeitsgesetz vom 5. Dez. 1966, GS-AI 822.010; SG: Art. 1^{bis} EG zum eidgenössischen Arbeitsgesetz vom 21. März 1966, sGS 511.1.

¹¹² So z.B. § 31 Abs. 1 PG-LU; Art. 34 Abs. 1 PG-AR; Art. 23 PG-NW; Art. 19 Abs. 1 PG-SH.

¹¹³ Z.B. § 31 Abs. 2 PG-LU; Art. 29 PG-NW; § 40 Abs. 2 PG-ZH; Art. 19 PG-SH; Art. 36 Abs. 1 PG-SG.

¹¹⁴ Z.B. Art. 34 Abs. 2 PG-AR; § 29 PG-BL; Art. 36 Abs. 2 PG-SG; § 39 PG-ZG.

¹¹⁵ Z.B. § 31 Abs. 2 PG-LU; Art. 29 PG-NW; § 40 Abs. 2 PG-ZH; Art. 19 PG-SH.

¹¹⁶ Art. 17 BPG verweist dafür auf die Regeln des Arbeitsgesetzes. Art. 18 BPG verweist für die Details auf Art. 64 ff. BPV.

¹¹⁷ Z.B. Art. 10 PV-OW; Art. 13 PV-GL; Art. 24 ff. PV-SG; Art. 124 ff. PV-BE.

der Erlass von Gesetzgebung im Arbeitsrecht, gerichtlich durchgesetzt werden kann, sehr wohl aber in privatrechtlichen Verhältnissen die materiellen Vorgaben des Rechts auf gesunde und sichere Arbeitsbedingungen gegenüber dem Arbeitgeber.

VIII. GEWERKSCHAFTSFREIHEIT UND STREIKRECHT (ART. 8 PAKT I)

Art. 8 Pakt I über die Gewerkschaftsfreiheit und das Streikrecht garantiert Rechte der Arbeitnehmenden und ihrer Organisationen gegenüber öffentlichen und privaten Arbeitgebern.¹¹⁸ Auch diese Bestimmung wurde noch nicht mittels „General Comment“ des Ausschusses für WSK-Rechte konkretisiert. Im Gegensatz zu den übrigen Artikeln des Pakts I, die die *Anerkennung* eines Rechtes von den Vertragsstaaten fordern, findet sich in Art. 8 Pakt I die Formulierung, dass sich die Vertragsstaaten *verpflichten* die darin verankerten Rechte zu gewährleisten. Diese Formulierung konnte deswegen gewählt werden, weil die in diesem Artikel enthaltenen Rechte weitgehend einen freiheitsrechtlichen Charakter besitzen.¹¹⁹ Deshalb sind die unmittelbaren und damit direkt anwendbaren Verpflichtungen der Vertragsstaaten, die sich aus diesem Artikel ergeben, grösser als bei anderen Garantien des Pakts I und Unterlassungspflichten stellen die wichtigste aus dieser Bestimmung fließende Verpflichtungsebene dar. Der Ausschuss für WSK-Rechte sieht daher Art. 8 in seiner Gesamtheit als unmittelbar verpflichtend für die Vertragsstaaten an.¹²⁰

1. Unterlassungspflichten

- *Gewerkschaftsfreiheit*: Art. 8 Abs. 1 lit. a Pakt I verankert das Recht „zur Förderung und zum Schutz seiner wirtschaftlichen und sozialen Interessen eine Gewerkschaft zu bilden und einer solchen beizutreten“. Im Recht einer Gewerkschaft beizutreten ist auch die negative Gewerkschaftsfreiheit enthalten, nämlich das Recht einer Gewerkschaft fern zu bleiben.¹²¹ Grundsätzlich haben die Vertragsstaaten alles zu unterlassen, was die Ausübung dieser Rechte erschweren oder verhindern könnte.¹²²

Art. 8 Abs. 1 lit. b Pakt I beinhaltet ferner das Recht von Gewerkschaften nationale Vereinigungen oder Verbände zu gründen und eine internationale Gewerkschaftsorganisation zu bilden resp. einer solchen beizutreten. Zudem sieht lit. c vor, dass die Gewerkschaften ihre Arbeit unabhängig und frei ausüben können. Die positivrechtliche innerstaatliche Umsetzung muss daher die Unabhängigkeit von Staat sowie vom Arbeitgeber gewährleisten. Die Unabhängigkeit sollte die Möglichkeit beinhalten eigene Statuten aufzustellen, eigene Vertreter zu wählen, eine unabhängige Administration zu besitzen und eigene Aktivitäten/Programme zu bestimmen (vor allem Möglichkeit von Tarifverhandlungen).¹²³ Einschränkungen sind dabei nur zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer erforderlich sind.

Die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit von Art. 11 EMRK umfasst laut Abs. 1 auch das Recht, „zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften bei-

¹¹⁸ KÄLIN/KÜNZLI, S. 507 f.

¹¹⁹ Entsprechende Garantien finden sich denn auch in Art. 22 Pakt II und in Art. 11 EMRK.

¹²⁰ WSK-Ausschuss, General Comment No. 3, Ziff. 5.

¹²¹ KÄLIN/KÜNZLI, S. 507.

¹²² COLIN FENWICK, Minimum Obligations with Respect to Article 8 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, S. 85, in: CHAPMAN AUDREY R./RUSSELL SAGE, Core obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural rights, Antwerpen/Oxford/New York 2002, S. 53 ff.

¹²³ A.a.O.

zutreten“. Ein gleiches Recht auf Gewerkschaftsbildung und -beitritt sieht Art. 22 Abs. 1 Pakt II vor. Die aus Art. 8 Pakt I resultierenden Verpflichtungen sind damit auch Bestandteil von menschenrechtlichen Garantien, deren Justiziabilität in der Schweiz nicht bezweifelt wird. Zudem kennt auch die Bundesverfassung in Art. 28 Abs. 1 ein Recht auf Bildung von Gewerkschaften und auf den Beitritt zu solchen. Diese verfassungsrechtliche Bestimmung schützt wie Art. 8 Pakt I in direkt anwendbarer Weise nicht nur die individuelle Koalitionsfreiheit, d.h. das Recht einer Gewerkschaft beizutreten oder fernzubleiben und sich an ihren Aktivitäten zu beteiligen, sondern auch die kollektive Koalitionsfreiheit, d.h. das Recht von Gewerkschaften, ihre Aktivitäten auszuüben.¹²⁴

Etliche Kantonsverfassungen verankern eine mit Art. 28 Abs. 1 BV vergleichbare Koalitionsfreiheit, die auch die Freiheit der Gewerkschaftsbildung und des Gewerkschaftsbeitritts umfasst.¹²⁵ Die grosse Mehrheit der Kantone gewährleistet die Koalitionsfreiheit aber in weniger spezifischer Weise im Rahmen der Vereinigungsfreiheit.¹²⁶ In Ausnahmefällen findet sich die Gewerkschaftsfreiheit auch in kantonalen Personalgesetzen.¹²⁷ Gewisse dieser Gesetze sehen überdies Kündigungen aufgrund gewerkschaftlicher Tätigkeiten von Angehörigen des Staatspersonals explizit als missbräuchlich an.¹²⁸

- *Streikrecht*: Art. 8 Abs. 1 lit. d Pakt I schützt das Streikrecht, soweit es „in Übereinstimmung mit der innerstaatlichen Rechtsordnung ausgeübt“ wird. Ein Ausschluss des Streikrechts für Angehörige der Streitkräfte, der Polizei und der öffentlichen Verwaltung darf nach Art. 8 Abs. 2 gesetzlich vorgesehen werden.¹²⁹ Der Ausschuss für WSK-Rechte qualifiziert das Streikrecht als direkt anwendbar.¹³⁰

Auch laut dem direkt anwendbaren Grundrecht von Art. 28 Abs. 3 BV sind Streik und Aussperrung zulässig, „wenn sie Arbeitsbeziehungen betreffen und wenn keine Verpflichtungen entgegenstehen, den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen“. ¹³¹ Nach Abs. 4 kann das Gesetz bestimmten Kategorien von Personen den Streik verbieten. In diesem Sinn bestimmt Art. 24 BPG, dass der Bundesrat das Streikrecht für bestimmte Kategorien von Angestellten beschränken oder aufheben kann, „soweit es für die Staatssicherheit, für die Wahrung von wichtigen Interessen in auswärtigen Angelegenheiten oder für die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebensnotwendigen Gütern und Dienstleistungen erforderlich ist“. Die Bundespersonalverordnung schränkt daher in Art. 96 das Streikrecht für gewisse Personalkategorien ein.¹³²

¹²⁴ Siehe dazu etwa MÜLLER/SCHEFER, S. 1087 ff.

¹²⁵ Art. 19 KV-AR; Art. 23 KV-BE; Art. 27 Abs. 1 KV-FR; Art. 36 KV-GE; Art. 27 Abs. 1 KV-NE; Art. 2 lit. v KV-SG; Art. 21 Abs. 1 lit. h KV-SH; Art. 23 Abs. 1 KV-VD.

¹²⁶ § 18 Abs. 1 KV-AG; Art. 2 Abs. 1 KV-AI; § 6 Abs. 2 lit. d KV-BL; § 11 Abs. 1 lit. m KV-BS; Art. 12 Abs. 1 KV-GL; Art. 8 lit. g KV-JU; Art. 1 Abs. 1 Ziff. 3 KV-NW; Art. 13 lit. d KV-OW; Art. 13 Abs. 1 KV-SO; § 6 Ziff. 5 KV-TG; Art. 8 Abs. 2 lit. e KV-TI; Art. 12 lit. g KV-UR; Art. 10 Abs. 1 KV-VS; § 10 KV-ZG. Die Kantone ZH, SZ, LU und GR verweisen auf die Bundesverfassung.

¹²⁷ Siehe etwa § 45 PG-LU.

¹²⁸ Art. 336 Abs. 2 lit. a PG-AG; Art. 46 Abs. 1 lit. i PG-FR; Art. 66 Ziff. 7 PG-NW; Art. 28 Abs. 1 lit. f PG-AR.

¹²⁹ KÄLIN/KÜNZLI, S. 507 f.

¹³⁰ Siehe etwa WSK-Ausschuss, Concluding observations Switzerland 1998, Ziff. 10.

¹³¹ Siehe dazu etwa MÜLLER/SCHEFER, S. 1091 ff.

¹³² Mitarbeitende des Parlamentsdienstes dürfen z.B. nach Art. 35 der Parlamentsverwaltungsverordnung nicht streiken, soweit sie wesentliche Aufgaben für die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Kommissions- und Sessionsbetriebs der Bundesversammlung wahrnehmen; VO der Bundesversammlung zum Parlamentsgesetz und über die Parlamentsverwaltung vom 3. Okt. 2003, SR 171.115.

Nur wenige Kantonsverfassungen erwähnen das Streikrecht explizit.¹³³ Gewisse kantonale Personalgesetze und Personalverordnungen sehen für Staatsangestellte eine Einschränkung des Streikrechts¹³⁴ oder sogar ein Streikverbot¹³⁵ vor. Das Personalgesetz des Kantons Bern wiederholt den Grundsatz, dass eine Kündigung während eines Streiks unzulässig ist.¹³⁶

2. Schutzpflichten

Nach Art. 8 Pakt I sind innerstaatliche Rechtsgrundlagen so auszugestalten, dass Diskriminierungen und andere negative Auswirkungen aufgrund einer Zugehörigkeit in einer Gewerkschaft auch in privaten Arbeitsverhältnissen ausgeschlossen sind. Zudem muss gewährleistet sein, dass bei Arbeitnehmenden, bei denen nach Art. 8 Abs. 2 die Gewerkschaftsfreiheit gewissen Einschränkungen unterworfen sein kann (z.B. Streitkräfte und Polizei), sich trotzdem in einer abgeschwächten Form gewerkschaftlich organisieren können.

Laut Art. 336 Abs. 2 lit. a OR ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird, weil der Arbeitnehmer einem Arbeitnehmerverband angehört oder nicht angehört oder weil er eine gewerkschaftliche Tätigkeit rechtmässig ausübt.¹³⁷

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den für das Streikrecht relevanten Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 319 ff. OR) anerkennt zudem, dass im Fall eines rechtmässigen Streiks die aus einem privatrechtlichen Arbeitsvertrag hervorgehenden Hauptverpflichtungen suspendiert sind und ordentliche Kündigungen wegen Teilnahme an einem rechtmässigen Streik als missbräuchlich gelten. Dasselbe gilt für die fristlose Entlassung.¹³⁸

3. Beurteilung

Die Gewerkschaftsfreiheit und das Streikrecht begründen grundsätzlich unmittelbar geltende und somit justiziable Verpflichtungen. Diesem Muster folgen auch die entsprechenden Garantien der Bundesverfassung sowie des Pakts II und der EMRK.

¹³³ Art. 37 KV-GE; Art. 27 Abs. 3 KV-FR; Art. 20 KV-JU; Art. 27 Abs. 3 KV-NE; Art. 8 Abs. 2 lit. f KV-TI; Art. 23 Abs. 4 KV-VD.

¹³⁴ § 20 Abs. 2 PG-AG; Art. 67 PG-AR; Art. 69 PG-SG; Art. 12 PG-BE; § 46 PG-LU; Art. 40 PG-VS; Art. 45 PG-GR; Art. 33 PG-SH; § 24 PV-SH; Art. 36 PV-AR.

¹³⁵ Art. 46 PG-NW; Art. 68 PG-FR.

¹³⁶ Art. 28 Abs. 1 lit. f PG-BE.

¹³⁷ Gegenüber der Schweiz stellte der Ausschuss für WSK-Rechte in seinen abschliessenden Bemerkungen aus dem Jahr 2010 mit Besorgnis fest, dass Gewerkschafter, die aufgrund von Gewerkschaftstätigkeiten entlassen wurden, gemäss Obligationenrecht nicht wieder eingestellt werden können und lediglich mit bis zu sechs Monatsgehältern entschädigt werden. Der Ausschuss empfahl daher eine Abänderung der Gesetzgebung, um die Wiedereinstellung der wegen Gewerkschaftstätigkeit willkürlich entlassenen Gewerkschafter, sowie eine Entschädigung bis zu zwölf Monatsgehältern zu ermöglichen; WSK-Ausschuss, Concluding observations Switzerland 2010, Ziff. 11.

¹³⁸ BGE 125 III 277, E. 3.c.

IX. RECHT AUF SOZIALE SICHERHEIT (ART. 9 PAKT I)

Art. 9 des Pakts I anerkennt „das Recht eines jeden auf Soziale Sicherheit, einschliesslich der Sozialversicherung“. Diese Garantie umfasst den diskriminierungsfreien Schutz vor Erwerbsausfall aufgrund von Krankheit, Invalidität, Mutterschaft, Berufsunfall, Arbeitslosigkeit, Alter, Verwaisung oder Verwitwung, vor unbezahlbarem Zugang zu medizinischer Versorgung und vor ungenügender Familienunterstützung, insbesondere für Kinder und abhängige Erwachsene.¹³⁹ Um das Recht auf Soziale Sicherheit umzusetzen, muss ein nachhaltiges System *verfügbar* sein, welches die Leistungserbringung bei sozialen Risiken und unvorhergesehene Ereignissen sicherstellt.¹⁴⁰ Das System kann verschieden ausgestaltet und auch aus mehreren Systemen zusammengesetzt sein. Zu den möglichen Systemen zählen beitragsbezogene oder versicherungsbasierte Systeme wie dasjenige in Art. 9 explizit erwähnte der Sozialversicherung, bei welchem eine zwingende Beitragspflicht besteht, und nicht beitragsgestützte Systeme, bei welchen entweder eine Leistung grundsätzlich an alle ausgerichtet wird, die ein besonderes Risiko oder einen Notfall erleiden (Universelle Systeme; „universal schemes“), oder bei welchem diejenigen eine Leistung erhalten, die sich in einer Bedürfnissituation befinden (Sozialhilfe-Systeme; „targeted social assistance schemes“). Auch private Systeme oder Selbsthilfemassnahmen sind denkbar.¹⁴¹

Die zu erbringenden Geld- oder Sachleistungen müssen *angemessen* sein, so dass jedermann die in Art. 10 (Recht auf Schutz der Familie), Art. 11 (Recht auf angemessenen Lebensstandard) und Art. 12 des Pakts I (Recht eines jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmass an Gesundheit) verankerten Rechte realisieren kann. Bei beitragspflichtigen Systemen muss die Leistung in einem vernünftigen Verhältnis zum Beitrag und Erwerb stehen.¹⁴² Alle Personen sollen ohne Diskriminierung vom Sozialsystem gedeckt sein, weshalb im Sinne einer universellen Deckung auch nicht beitragsgestützte Systeme notwendig sind. Besondere Aufmerksamkeit hat u.a. für invalide Personen und Migranten und Migrantinnen zu gelten, wie auch für Personen, welche keiner geregelten Arbeit nachgehen.¹⁴³

1. Unterlassungs- und Schutzpflichten

Bereits aus obiger Umschreibung ergibt sich, dass der Verpflichtungsschwerpunkt dieser Garantie im Bereich der Gewährleistungspflichten liegt. Die Staaten haben indes davon abzusehen, direkt oder indirekt den Genuss des Rechtes auf Soziale Sicherheit zu behindern (*Achtungspflichten*), z.B. in Bezug auf den gleichberechtigten Zugang,¹⁴⁴ und sie haben Dritte davon abzuhalten in die Ausübung derselben einzugreifen (*Schutzpflichten*), z.B. durch den Erlass entsprechender Gesetze.¹⁴⁵ Diese Dimensionen des Rechts auf Soziale Sicherheit dürften in der Schweiz von marginaler Bedeutung sein und lassen sich etwa mittels strafrechtlicher Vorgaben durchsetzen.

¹³⁹ WSK-Ausschuss, General Comment No. 19, Ziff. 2.

¹⁴⁰ A.a.O., Ziff. 11.

¹⁴¹ A.a.O., Ziff. 4 f.

¹⁴² A.a.O., Ziff. 22.

¹⁴³ A.a.O., Ziff. 23 ff.

¹⁴⁴ A.a.O., Ziff. 44.

¹⁴⁵ A.a.O., Ziff. 45 f.

2. Minimalverpflichtungen und weitere Gewährleistungspflichten

2.1. Praxis des Ausschusses

Die Staaten sind im Bereich der *Gewährleistungspflichten* verpflichtet, die notwendigen Massnahmen zur Erfüllung des Rechts auf Soziale Sicherheit zu treffen, einschliesslich der Einführung eines Systems der sozialen Sicherheit. Sie haben die Pflicht, die Einzelnen mit positiven Massnahmen bei der Ausübung des Rechts auf Soziale Sicherheit zu unterstützen, sei es durch den Erlass entsprechender Gesetze oder der Annahme eines nationalen Aktionsplans. Im Falle, dass eine Person oder eine Gruppe aufgrund von Gründen ausserhalb ihrer Kontrolle ausserstande ist, ihr Recht selbst zu realisieren, hat ein Staat nicht-beitragspflichtige Systeme oder Sozialhilfeleistungen bereitzustellen und diese Personen zu unterstützen.¹⁴⁶

Zu den – grundsätzlich unmittelbar verpflichtenden – Kerngehalten des Rechts auf Soziale Sicherheit gehört die Pflicht des Staates den Zugang ohne Diskriminierung zu einem Sozialsystem zu gewährleisten, welches minimale Leistungen für alle Personen erbringt, die es ihnen ermöglicht ihre Grundbedürfnisse (grundlegende Gesundheitsversorgung, Unterkunft, Wasser und Sanitäreinrichtungen, Nahrung und Bildung) zu stillen. Nur wenn ein nicht beitragsgestütztes System mit z.B. Sozialhilfeleistungen, welches im Falle von einer Bedürftigkeit zum Tragen kommt, Teil der Gesamtstruktur ist, kann dieser Anspruch erfüllt werden.

Der Ausschuss empfahl der Schweiz im Jahr 2010, dass jeder Person auf schweizerischem Staatsgebiet – auch solchen mit rechtswidrigem Aufenthalt – Sozialhilfe anstelle von lediglich Nothilfe zu gewähren sei. Zudem seien einheitliche Regeln für den Zugang zu und den Anspruch auf Sozialhilfe festzulegen.¹⁴⁷

2.2. Direkt anwendbare Minimalgehalte in der Schweiz

- Ein direkt anwendbares *Recht auf Hilfe in Notlagen* für alle sich in der Schweiz aufhaltenden Personen verankert Art. 12 BV. Dieses Grundrecht garantiert Personen in einer Notlage die Grundlagen eines menschenwürdigen Daseins.¹⁴⁸ Diese Garantie bildet damit die unterste Stufe des schweizerischen Sozialsystems. In einer Notlage befinden sich namentlich Personen, die weder selber ihre Subsistenzbedürfnisse befriedigen können noch Anspruch auf Leistungen der Sozialhilfe und der Sozialversicherung haben.¹⁴⁹ Das Recht auf Hilfe in Notlagen ist ein subjektives Recht und verschafft einklagbare Ansprüche.

¹⁴⁶ A.a.O., Ziff. 47 ff.

¹⁴⁷ WSK-Ausschuss, Concluding observations Switzerland 2010, Ziff. 12.

¹⁴⁸ Siehe zu diesem Grundrecht auch hinten S. 42 f.

¹⁴⁹ In diesem Sinn hält Art. 82 Abs. 1 AsylG fest, dass „Personen mit einem rechtskräftigen Wegweisungsentscheid, denen eine Ausreisefrist angesetzt worden ist, (...) von der Sozialhilfe ausgeschlossen werden“ können. Im Falle eines Ausschlusses bedeutet dies, dass die betroffenen Personengruppen lediglich Nothilfeleistungen i.S.v. Art. 12 BV erhalten. Die meisten Kantone sehen dies so vor.
Siehe BE: Art. 9 Abs. 1 EG zum Ausländer- und zum Asylgesetz, BSG 122.20; BS: Ziff. 3.2.1 Unterstützungsrichtlinien des Departements für Wirtschaft, Soziales und Umwelt (gültig ab 1. Jan. 2013) i.V.m. Ziff. 6 Anhang: Richtlinien Asylbereich - Unterstützungsansätze für Asylsuchende und Schutzbedürftige ohne Aufenthaltsbewilligung; GE: Art. 43 SHG-GE i.V.m. Art. 17 Abs. 4, 24 ff. und 29A ff. SHV-GE; GL: Ziff. 3.1.3 Kreisschreiben zum Vollzug der öffentlichen Sozialhilfe 2011 – Ergänzungen und Ausnahmen zu den SKOS-Richtlinien vom 25. Juli 2011; GR: Art. 2 Abs. 7 Gesetz über die Unterstützung Bedürftiger (Kantonales Unterstützungsgesetz) vom 3. Dez. 1978, BR 546.250, i.V.m. Art. 10b Ausführungsbestimmungen zum kantonalen Unterstützungsgesetz vom 8. Nov. 2005, BR 546.270; NE: Art. 4, 23 und 39 Arrêté d'application de la législation

- Wohl ebenso noch in den Bereich der Kernverpflichtungen fällt die *Sozialhilfe*. Diese ist in der Schweiz die wichtigste bedarfsabhängige Sozialleistung.¹⁵⁰

Gemäss Art. 115 BV werden „Bedürftige (...) von ihrem Wohnkanton unterstützt“. Diese Bestimmung stellt zwar vordergründig eine interkantonale Kollisionsregel dar, begründet jedoch auch eine stillschweigende Verpflichtung des Wohnkantons zur Unterstützung Bedürftiger und wird durch das Zuständigkeitsgesetz (ZUG) konkretisiert.¹⁵¹ Diese Verpflichtung deckt das soziale Existenzminimum¹⁵² und soll sich an den Sozialzielen nach Art. 41 BV orientieren. Ihr Ausmass geht über dasjenige aus dem Recht auf Hilfe in Notlagen nach Art. 12 BV, welches das absolute Existenzminimum schützt, hinaus.¹⁵³ Art. 115 BV gewährt indes keinen einklagbaren Anspruch auf Deckung des sozialen Existenzminimums.¹⁵⁴

Ist damit vom Fehlen eines individuellen Anspruchs auf Leistungen der Sozialhilfe auszugehen? Diese Haltung scheint zumindest der Bundesrat in seiner Berichterstattung an den Ausschuss für WSK-Rechte zu vertreten.¹⁵⁵ Auch im kantonalen Verfassungsrecht finden sich

tion fédérale sur l'asile (ALAsi) vom 15. Feb. 2012, RSN 132.09; NW: Art. 7 Abs. 2 Ziff. 2 EG zum BG über die Ausländerinnen und Ausländer sowie zum Asylgesetz (EG zum Ausländerrecht) vom 25. Juni 2008, NGS 122.2, i.V.m. § 9 Vollzugsverordnung zum EG zum Ausländerrecht (Ausländerverordnung) vom 2. Sept. 2008, NGS 122.21; SO: § 158 SHG-SO i.V.m. § 93 Abs. 3 SHV-SO und Regierungsratsbeschluss Sozialhilfe: Richtlinien über die Nothilfe an Personen mit rechtskräftigem Nichteintretens- oder Abweisungsentscheid und Wegweisungsentscheid nach Asylgesetzgebung, RRB 2007/2002; SZ: § 14 Kantonales Gesetz zum BG über die Ausländerinnen und Ausländer und zum Asylgesetz (Migrationsgesetz) vom 21. Mai 2008, SRSZ 111.200, und § 32 Vollzugsverordnung zum Kantonalen Gesetz zum BG über die Ausländerinnen und Ausländer und zum Asylgesetz (MigG-VV) vom 2. Dez. 2008, SRSZ 111.21; TG: § 2i SHV-TG i.V.m. Ziff. 7.3 Leitfaden Asyl vom Okt. 2012 des Fürsorgeamts; UR: Art. 9 Abs. 3 Reglement zum BG über die Ausländerinnen und Ausländer und zum Asylgesetz vom 18. Sept. 2007, RB-UR 1.4221; VD: Art. 7 Guide d'assistance 2013 (Directive du Chef du département de l'économie et du sport) i.V.m. Art. 2 Règlement d'application de la loi du 7 mars 2006 sur l'aide aux requérants d'asile et à certaines catégories d'étrangers (RLARA) vom 3. Dez. 2008, RSV 142.21.1; VS: Art. 3 Abs. 4 SHG-VS i.V.m. Richtlinien für die Bemessung der finanziellen Nothilfe für abgewiesene Asylsuchende (aA) und Personen, auf deren Gesuch nicht eingetreten wird (Personen mit NEE); ZG: § 12^{bis} Abs. 1 lit. b SHG-ZG und §10 SHV-ZG i.V.m. §§ 1 Abs. 1 lit. b und 9 ff. VO betreffend Sozialhilfe für Personen aus dem Asylbereich vom 27. Jan. 2009, BGS-ZG 861.42; ZH: § 5 c SHG-ZH i.V.m. VO über die Gewährung von Nothilfe an Personen ohne Aufenthaltsrecht (Nothilfeverordnung) vom 24. Okt. 2007, LS 851.14.

¹⁵⁰ Solche Leistungen werden ausgerichtet, wenn die Leistungen aus den Sozialversicherungen nicht verfügbar oder ausgeschöpft sind, und den Lebensunterhalt nicht (mehr) decken. Anknüpfungspunkt bildet eine Bedarfssituation, welche nur vorliegen kann, wenn Bezüger und -innen in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen leben. Einzelne weitere in verschiedenen Kantonen vorgesehene bedarfsabhängige Sozialleistungen werden an anderer Stelle näher beleuchtet, so bspw. Prämienvorbildungen und -übernahmen der obligatorischen Krankenversicherung, die unentgeltliche Rechtshilfe, Bedarfsleistungen für Familien (z.B. Ergänzungsleistungen für bedürftige Familien, Geburts- und Adoptionszulagen und Mutterschaftsbeiträge) sowie kantonale Arbeitslosenhilfe. Für einen Gesamtüberblick über die bedarfsabhängigen Sozialleistungen: Bundesamt für Statistik BFS, Inventar der bedarfsabhängigen Sozialleistungen – Das Wichtigste in Kürze, Okt. 2013, S. 3, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/infothek/nomenklaturen/blank/blank/soz/02.Document.122156.pdf> (besucht am 22. Jan. 2014).

¹⁵¹ LUZIUS MADER, St. Galler Kommentar zu Art. 115 BV, Rz. 4 ff.; BIAGGINI, Art. 115, Rz. 4; ACHERMANN/KÜNZLI, S. 305. Die Unterstützung Asylsuchender, Flüchtlinge, Schutzbedürftiger, vorläufig Aufgenommener und Staatenloser richtet sich gemäss Art. 1 Abs. 3 ZUG nach besonderen Erlassen des Bundes, namentlich nach dem Asylgesetz (AsylG; vgl. dazu auch den Bundesbeschluss vom 27. April 1972 betreffend die Genehmigung des Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen, SR 855.1). Zur Sozialhilfe dieser Personengruppen siehe S. 31 f.

¹⁵² Vgl. § 3 SHV-AG; Art. 15 Abs. 1 SHG-AR; § 7 SHG-BS; Art. 23 SHG-GL; § 30 SHG-LU; Art. 31 Abs. 1 SHG-NW; Art. 10 Abs. 1 SHV-OW; Art. 10 Abs. 2 SHG-VS; § 15 Abs. 1 SHG-ZH.

¹⁵³ BIAGGINI, Art. 115, Rz. 4; ACHERMANN/KÜNZLI, S. 305.

¹⁵⁴ Vgl. ACHERMANN/KÜNZLI, S. 305.

¹⁵⁵ WSK-Ausschuss, Staatenbericht Schweiz 2008, Ziff. 382: „Im Prinzip besteht kein subjektives Recht auf bestimmte Leistungen der Sozialhilfe“.

nahezu keine Garantien, welche einen subjektiven Anspruch auf Sozialhilfe einräumen, welche über das durch die Nothilfe nach Art. 12 BV gewährte Mass hinausgeht.¹⁵⁶

Das *kantonale Sozialhilferecht* enthält unterschiedliche Regelungen, welche zwar eine gewisse Einheitlichkeit aufweisen, da sie sich bezüglich Ausgestaltung und Bemessung grösstenteils an den sog. SKOS-Richtlinien¹⁵⁷ orientieren, in Bezug auf die individuelle Einklagbarkeit eines Anspruches auf Sozialhilfe sind sie jedoch unterschiedlich ausgestaltet.¹⁵⁸

Der Kanton Bern bestimmt in seinem Sozialhilfegesetz, dass „[j]ede bedürftige (...) Person Anspruch auf persönliche und wirtschaftliche Hilfe“ hat.¹⁵⁹ Ähnliche Bestimmungen, welche explizit einen Anspruch auf persönliche und wirtschaftliche Hilfe von notleidenden bzw. bedürftigen Personen einräumen, kennen die Kantone Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Glarus, Luzern, Neuenburg, Nidwalden und Solothurn.¹⁶⁰ Zumindest einen Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe – und zumeist die Möglichkeit der Inanspruchnahme einer persönlichen Hilfe – enthalten die Sozialgesetze und -verordnungen der Kantone Appenzell Innerrhoden, Genf, Obwalden, St. Gallen, Schaffhausen, Schwyz, Thurgau, Tessin, Uri, Zug und Zürich.¹⁶¹ Die Kantone Appenzell Ausserrhoden, Freiburg, Graubünden, Waadt und Wallis legen mit Formulierungen wie „[d]ie Behörde ist zu einer Hilfeleistung nach den Besonderheiten und Bedürfnissen des Einzelfalles verpflichtet [und] [d]ie Sozialhilfe hat für die Beseitigung einer individuellen, konkreten und aktuellen Notlage zu sorgen“ oder „[l]a prestation financière est accordée à toute personne qui se trouve dépourvue des moyens nécessaires pour satisfaire les besoins vitaux et d'autres besoins personnels spécifiques importants“ zwar keinen expliziten Anspruch auf Sozialhilfe fest, anerkennen damit aber eine Verpflichtung des Kantons zur Gewährleistung von Sozialhilfe, was sich von berechtigten Individuen auch gerichtlich durchsetzen lässt. Zudem wurde im Kanton Freiburg eine Norm zur Nichteinklagbarkeit von Sozialhilfeleistungen aufgehoben,¹⁶² und es wird bestimmt, dass die materielle Hilfe „einer bedürftigen Person nicht verweigert werden [kann], selbst wenn diese persönlich für ihren Zustand verantwortlich ist“. ¹⁶³

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass in sämtlichen Kantonen zumindest eine Verpflichtung zur Gewährung von Sozialhilfe besteht und zumeist sogar ausdrücklich ein Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe statuiert wird. Dieser Anspruch ist immer an das Vorliegen einer Bedürftigkeit geknüpft und unterliegt in den meisten Kantonen weiteren Voraussetzungen,

¹⁵⁶ Siehe aber immerhin Art. 60 KV-VD und noch weitergehend Art. 39 Abs. 1 KV-GE: „Jede Person hat Anspruch auf die Deckung ihres Lebensbedarfs zur Förderung ihrer sozialen und beruflichen Integration.“ Vgl. dazu ACHERMANN/KÜNZLI, S. 306 f.

¹⁵⁷ SCHWEIZERISCHE KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE (SKOS), Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe, Version 2012, http://www.skos.ch/store/pdf_d/richtlinien/richtlinien/RL_deutsch_2012.pdf.

¹⁵⁸ Vgl. ACHERMANN/KÜNZLI, S. 307.

¹⁵⁹ Art. 23 SHG-BE.

¹⁶⁰ § 5 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 2 SHG-AG („Anspruch auf Sozialhilfe besteht, sofern die eigenen Mittel nicht genügen und andere Hilfeleistungen nicht rechtzeitig erhältlich sind oder nicht ausreichen.“); § 4 Abs. 1 SHG-BL („Personen haben Anspruch auf unentgeltliche Beratung und auf materielle Unterstützung.“); § 4 Abs. SHG-BS („Wer bedürftig ist, hat Anspruch auf unentgeltliche Beratung sowie auf wirtschaftliche Hilfe.“); Art. 3 Abs. 1 SHG-GL („Es besteht ein Rechtsanspruch auf die Gewährung der notwendigen Hilfe.“); §§ 25 und 28 Abs. 1 SHG-LU; Art. 4 i.V.m. 26 und 32 Abs. 1 SHG-NW; § 10 i.V.m. §§ 149 und 150 SHG-SO.

¹⁶¹ Art. 12 SHG-AI und Art. 7 Abs. 1 SHV-AI; Art. 8 und 5 SHG-GE; Art. 13 Abs. 1 und 12 Abs. 1 SHG-OW; Art. 9 und 7 SHG-SG; Art. 22 und 19 SHG-SH; §§ 15 und 27 SHG-SZ; § 8 SHG-TG i.V.m. § 2b Abs. 3 SHV-TG und § 7 SHG-TG; Art. 5 Abs. 1 i.V.m. 1 und 2 SHG-TI; Art. 27 und 25 SHG-UR; §§ 19 und 14 SHG-ZG; §§ 14 und 11 SHG-ZH.

¹⁶² Aufgehobener Art. 6 SHG-FR.

¹⁶³ Art. 24 Abs. 2 SHG-FR.

insbesondere der Erfordernis des Wohnsitzes im Kanton, in welchem ein Gesuch zur Sozialhilfe gestellt wird. Trotzdem gilt damit, dass in der Schweiz das Recht auf Sozialhilfe als Kerngehalt von Art. 9 Pakt I in justizabler Weise im kantonalen Recht verankert ist.

Daneben gibt es insbesondere Ausnahmen der Anspruchsberechtigung für ausländische Staatsbürger, so legt bereits das ZUG fest, dass die Unterstützung Asylsuchender, Flüchtlinge, Schutzbedürftiger, vorläufig Aufgenommener und Staatenloser sich nach besonderen Erlassen des Bundes richtet.¹⁶⁴ Dies soll im Folgenden näher erläutert werden.

Auf bundesrechtlicher Ebene bestimmt Art. 3 Abs. 1 AsylV 2, dass *anerkannte Flüchtlinge, Staatenlose und Schutzbedürftige mit Aufenthaltsbewilligung* bezüglich Sozialhilfeleistungen der einheimischen Bevölkerung gleichgestellt sind.¹⁶⁵ Sie haben folglich bei Erfüllung der entsprechenden kantonalen Voraussetzungen im Endeffekt denselben durchsetzbaren Anspruch auf Sozialhilfe. Verschiedene Kantone halten dies noch explizit in ihren Sozialhilferegulungen fest,¹⁶⁶ in anderen Kantonen ergibt sich dies über die Bundesgesetzgebung hinaus daraus, dass in Bezug auf diese Personengruppen im Gegensatz z.B. zu Asylsuchenden, keine Spezial- bzw. Ausnahmeregelung vorgesehen ist.¹⁶⁷

Asylsuchende, vorläufig Aufgenommene und Schutzbedürftige ohne Aufenthaltsbewilligung haben zwar Anspruch auf Sozialhilfe, bereits das Bundesrecht sieht jedoch vor, dass deren Ansatz von demjenigen für Einheimische abweichen kann, was in vielen Kantonen so vorgesehen ist.¹⁶⁸ Da es sich jedoch auch hier noch um Sozialhilfeleistungen handelt, sollten diese zumindest höher als die Nothilfe i.S.v. Art. 12 BV ausfallen.¹⁶⁹ In den Kantonen Bern, Genf und Glarus erhalten vorläufig Aufgenommene, die mehr als sieben Jahre in der Schweiz sind,

¹⁶⁴ Art. 1 Abs. 3 ZUG.

¹⁶⁵ I.V.m. Art. 80 ff. AsylG.

¹⁶⁶ AG: § 16 Abs. 2 SHG-AG; AR: Art. 1 Abs. 3 i.V.m. 40 SHG-AR; GL: Ziff. 3.1.2 Kreisschreiben zum Vollzug der öffentlichen Sozialhilfe 2011; LU: § 61 SHG-LU i.V.m. § 4 Abs. 3 Kantonale Asylverordnung vom 30. Nov. 2007, SRL 892b; SO: § 157 SHG-SO; TG: § 2i SHV-TG i.V.m. Ziff. 7.1 Leitfaden Asyl (Anm. 149); UR: Art. 9 Abs. 2 Reglement AuG und AsylG (Anm. 149).

¹⁶⁷ So z.B. BL: § 32 Abs. 1 SHG-BL i.V.m. § 1 e contrario Kantonale Asylverordnung (kAV) vom 16. Okt. 2007, SGS-BL 850.19; FR: Art. 16 e contrario VO über die Richtsätze für die Bemessung der materiellen Hilfe nach dem Sozialhilfegesetz vom 2. Mai 2006, BDLF 831.0.12; NW: Art. 7 Abs. 2 e contrario EG zum Ausländerrecht (Anm. 149); OW: Art. 4 Abs. 2 e contrario Vollziehungsverordnung zum BG über die Ausländerinnen und Ausländer sowie zum Asylgesetz (VO zum Ausländerrecht) vom 30. Nov. 2007, GDB 113.2; SZ: § 20 MigG-VV (Anm. 149); VD: Art. 2 Abs. 2 Loi sur l'aide aux requérants d'asile et à certaines catégories d'étrangers (LARA) vom 7. März 2006, RSV 142.21; ZH: §§ 5 a ff. e contrario SHG-ZH.

¹⁶⁸ Art. 81 i.V.m. 82 Abs. 3 AsylG und Art. 3 Abs. 2 AsylV 2. Im kantonalen Recht: AR: Art. 1 Abs. 3 und 39 SHG-AR; BE: Art. 5 Abs. 1 i.V.m. 3 Abs. 1 EG zum AuG und AsylG-BE (Anm. 149); BL: § 32 Abs. 3 SHG-BL i.V.m. §§ 7 ff. kAV (Anm. 167); BS: § 7 Abs. 3 SHG-BS i.V.m. Ziff. 3.1 Unterstützungsrichtlinien (Anm. 149) und Ziff. 1 ff. Anhang: Richtlinien Asylbereich (Anm. 149); GL: Ziff. 3.2 Kreisschreiben zum Vollzug der öffentlichen Sozialhilfe (Anm. 149); NW: Art. 7 Abs. 2 Ziff. 1 EG zum Ausländerrecht (Anm. 149) i.V.m. § 8 (Eingeschränkte Sozialhilfe) Ausländerverordnung (Anm. 149); OW: Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 lit. a VO zum Ausländerrecht (Anm. 167); SZ: § 20 ff. MigG-VV (Anm. 149); TG: § 2i SHV-TG i.V.m. Ziff. 7.2 Leitfaden Asyl (Anm. 149); VS: Art. 3 Abs. 4 SHG-VS i.V.m. Richtlinien und Anwendungsmodalitäten der Finanzhilfe für Asylsuchende und Personen mit einer vorläufige Aufnahmebewilligung im Kanton Wallis (externe und interne Unterbringung); ZG: § 12^{bis} Abs. 1 und 4 SHG-ZG i.V.m. §§ 1 Abs. 1 lit. a und 3 ff., insb. § 5 VO Asylbereich vom 27. Jan. (Anm. 149); ZH: § 5 a. SHG-ZH i.V.m. Asylfürsorgeverordnung (AfV) vom 25. Mai 2005, LS 851.13. Im betreffenden Regierungsratsbeschluss wird im Kanton Solothurn festgehalten, dass die Sozialhilfeleistungen ca. 20% tiefer ausfallen als diejenigen für Einheimische (Ziff. 1.3 Regierungsratsbeschluss – Asyl vom 25. März 2008, RRB 2008/563, i.V.m. § 156 SHG-SO).

¹⁶⁹ So bringt z.B. § 3 der Asylverordnung-LU (Anm. 166) klar zum Ausdruck, dass es sich um Sozialhilfeleistungen handelt: „Der Kanton gewährleistet nach § 60 des Sozialhilfegesetzes vom 24. Okt. 1989 den Asylsuchenden und den Schutzbedürftigen ohne Aufenthaltsbewilligung persönliche und wirtschaftliche Sozialhilfe, soweit nicht der Bund zuständig ist.“ Ebenso z.B. NE: Art. 30 f. ALAsi (Anm. 149).

dieselben Sozialhilfeleistungen wie Einheimische.¹⁷⁰ In den Kantonen Basel-Stadt, Luzern und Zürich erhalten sogar alle vorläufig Aufgenommenen Sozialhilfeleistungen wie die Einheimischen.¹⁷¹ All diese Ansprüche sind justiziabel.

2.3. Weitere Gewährleistungspflichten

Die Leistungen beitragsgestützter staatlicher Systeme der sozialen Sicherheit, in der Schweiz die Sozialversicherungen, zählen kaum mehr zum Kerngehalt des Rechts auf Soziale Sicherheit des Pakts I. Es ist indes ein Charakteristikum dieser Systeme, dass bei Eintritt des Versicherungsfalls Ansprüche auf Leistung der sozialen Sicherheit begründet werden, die sich vom berechtigten Individuum gerichtlich einfordern lassen. Ansprüche aus bestehenden Sozialversicherungen sind damit auch über den Kerngehalt hinaus justiziabel.

Die Schweiz setzt dabei mit folgenden Versicherungssystemen ihre Verpflichtungen aus Art. 9 Pakt I um:

- Die *Alters- und Hinterlassenenversicherung* (AHV) ist eine obligatorische Versicherung,¹⁷² welche Geld- und Sachleistungen gewährt¹⁷³ und durch Beiträge von Versicherten und Leistungen des Bundes finanziert wird.¹⁷⁴ Obligatorisch versichert sind natürliche Personen, die in der Schweiz erwerbstätig sind, und Personen mit Wohnsitz in der Schweiz.¹⁷⁵ Freiwillig der AHV beitreten können Staatsangehörige der Schweiz, der EU oder der EFTA, die im Ausland ausserhalb der EU oder EFTA wohnen, und unmittelbar vorher während fünf Jahren obligatorisch versichert waren.¹⁷⁶ Anspruch auf eine ordentliche Rente haben grundsätzlich alle Personen, welche während mindestens eines Jahres Beiträge verrichtet haben.¹⁷⁷ Die Art der Rente bestimmt sich nach den jeweils gültigen Voraussetzungen.¹⁷⁸ Sind die Voraussetzun-

¹⁷⁰ BE: Art. 46a Abs. 1 lit. c SHG-BE; GE: Art. 11 Abs. 3 SHG-GE; GL: Ziff. 3.1.2 Kreisschreiben zum Vollzug der öffentlichen Sozialhilfe 2011 (Anm. 149).

¹⁷¹ BS: Ziff. 3.1 e contrario Unterstützungsrichtlinien (Anm. 149); LU: § 61 SHG-LU i.V.m. § 4 Abs. 3 Asylverordnung (Anm. 166); ZH: § 5 d. SHG-ZH.

¹⁷² Art. 112 Abs. 2 lit. a BV.

¹⁷³ Art. 112 Abs. 2 BV lit. a^{bis} BV.

¹⁷⁴ Art. 112 Abs. 3 BV. Anzumerken ist, dass die Beiträge u.U. herabgesetzt oder erlassen werden können, vgl. Art. 11 AHVG.

¹⁷⁵ Art. 1a AHVG. Massgebend ist der Wohnsitz i.S.v. Art. 23-26 ZGB, dies bedeutet, dass grundsätzlich alle Personen mit der Absicht dauernden Verbleibens der Versicherungspflicht unterstehen, namentlich auch bspw. Asylsuchende und sog. „Sans Papiers“, Art. 13 ATSG i.V.m. Art. 23-26 ZGB. Vgl. ACHERMANN/KÜNZLI, S. 292. Die Beiträge von nichterwerbstätigen Asylsuchenden, vorläufig Aufgenommenen und Schutzbedürftigen ohne Aufenthaltsbewilligung sind jedoch erst festzusetzen und zu entrichten, wenn diese entweder als Flüchtlinge anerkannt werden, eine Aufenthaltsbewilligung im Falle eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls erteilt wird oder „auf Grund des Alters, des Todes oder der Invalidität dieser Personen ein Leistungsanspruch im Sinne dieses Gesetzes [AHVG] oder des IVG“ entsteht; Art. 14 Abs. 2^{bis} AHVG. Ebenfalls obligatorisch versichert sind Personen, welche im Ausland im Dienst der Eidgenossenschaft, im Dienst internationaler Organisationen mit Sitzabkommen mit der Schweiz oder im Dienst namhafter, massgeblich von der Schweiz finanzierten Hilfsorganisationen arbeiten.

¹⁷⁶ Art. 2 AHVG.

¹⁷⁷ Art. 18 Abs. 1 und 29 AHVG. Nach Art. 18 Abs. 2 bleiben „die besonderen bundesrechtlichen Vorschriften über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und der Staatenlosen sowie abweichende zwischenstaatliche Vereinbarungen, insbesondere mit Staaten, deren Gesetzgebung den Schweizer Bürgern und ihren Hinterlassenen Vorteile bietet, die denjenigen dieses Gesetzes ungefähr gleichwertig sind“, vorbehalten.

¹⁷⁸ Vgl. Art. 21 ff. AHVG für Altersrenten, Art. 22^{ter} AHVG für Kinderrenten, Art. 23 ff. AHVG für Witwen- und Witwerrenten, Art. 25 ff. AHVG für Waisenrenten.

gen erfüllt, erhalten Bezüger von Altersrenten oder Ergänzungsleistungen zudem eine Hilflosenentschädigung oder einen Anspruch auf Hilfsmittel.¹⁷⁹

- Die *Invalidenversicherung* ist ebenso wie die AHV eine obligatorische Versicherung,¹⁸⁰ welche Geld- und Sachleistungen gewährt¹⁸¹ und durch Beiträge von Versicherten und Leistungen des Bundes finanziert wird.¹⁸² Es sind diejenigen Personen obligatorisch und freiwillig versichert, welche auch nach dem AHVG versichert sind.¹⁸³ Im Falle einer Invalidität haben versicherte Personen je nach Art und Schwere¹⁸⁴ und Erfüllung der jeweiligen Voraussetzungen einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Leistungen der IV.¹⁸⁵ Voraussetzung für eine ordentliche IV-Rente ist, dass mindestens während drei Jahren ein Beitrag geleistet wurde.¹⁸⁶
- Die *Ergänzungsleistungen zur AHV und IV* gehören zu den Sozialversicherungen, sind jedoch im Gegensatz zur AHV und IV nicht durch Versicherungsbeiträge finanziert.¹⁸⁷ Trotzdem haben Personen, deren Existenzbedarf durch Leistungen der AHV und IV nicht gedeckt ist, bei Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf Ergänzungsleistungen bestehend aus jährlichen Ergänzungsleistungen und der Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten.¹⁸⁸
- Der Bund hat in Ausführung zu Art. 59 Abs. 4 und 61 Abs. 4 BV Bestimmungen über den *Ersatz des Erwerbsausfalles bei Militär- und Ersatzdienst sowie Zivilschutz* (EO) erlassen. Ebenso wie die AHV ist die EO obligatorisch, und es gelten dieselben Voraussetzungen zur Beitragspflicht wie für obligatorisch Versicherte bei der AHV.¹⁸⁹ Anspruch auf Erwerbsausfallentschädigungen haben in der Schweiz oder im Ausland wohnende erwerbstätige Personen, die Dienst leisten. Dazu zählen Dienste bei der schweizerischen Armee, im Rotkreuzdienst, Zivildienst, Schutzdienst, Kaderausbildungen von „Jugend und Sport“ sowie Jungschützenleiterkurse.¹⁹⁰

¹⁷⁹ Art. 43^{bis} AHVG; zu den Ergänzungsleistungen vgl. die Ausführungen unten.

¹⁸⁰ Art. 112 Abs. 2 lit. a BV.

¹⁸¹ Art. 112 Abs. 2 BV lit. a^{bis} BV.

¹⁸² Art. 112 Abs. 3 BV. Die wichtigsten Regelungen zur Invalidenversicherung finden sich im IVG und in der IVV.

¹⁸³ Art. 1b IVG i.V.m. Art. 1a und 2 AHVG.

¹⁸⁴ Art. 4 ff. IVG.

¹⁸⁵ Zu den möglichen Leistungen der IV gehören Massnahmen der Frühintervention (Art. 7d IVG), Eingliederungsmassnahmen (Art. 8-27^{bis} und 51 IVG; dazu gehören medizinische Massnahmen bis zum 20. Altersjahr, Integrationsmassnahmen zur Vorbereitung der beruflichen Eingliederung, Massnahmen beruflicher Art, Anspruch auf Hilfsmittel, Taggelder, Reisekostenvergütung und Entschädigung für Betreuungskosten), Übergangsleistungen bei Arbeitsunfähigkeit, IV-Renten und Kinderrenten (Art. 28- 40 IVG), Hilflosenentschädigung (Art. 42- 42^{ter} IVG) und Assistenzbeiträge (Art. 42^{quater}-42^{octies}).

¹⁸⁶ Art. 36 Abs. 1 IVG. Ein Anspruch besteht in jedem Fall höchstens bis zur Erreichung des Rentenalters und dem damit eintretenden Anspruch auf eine Altersrente der AHV; vgl. z.B. Art. 10 Abs. 3, Art. 22 Abs. 4 und Art. 30 IVG.

¹⁸⁷ UELI KIESER, St. Galler Kommentar zu Art. 112a BV, Rz. 4.

¹⁸⁸ Art. 112a BV, Art. 2 ff. ELG und ELV; MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, St. Galler Kommentar zu Art. 41 BV, Rz. 30. Hervorzuheben ist, dass auch Personen anspruchsberechtigt sein können, welche die Mindestbeitragsdauer für einen Anspruch auf eine Rente der AHV oder IV nicht erfüllen, so z.B. Flüchtlinge und staatenlose Personen, allerdings nur wenn sie sich bis zum Zeitpunkt, in welchem sie nach einer Ergänzungsleistung verlangen, während fünf Jahren ununterbrochen in der Schweiz aufgehalten haben; Art. 5 Abs. 2 i.V.m. 4 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 und lit. d ELG.

¹⁸⁹ Art. 27 Abs. 1 EOG i.V.m. Art. 3 AHVG.

¹⁹⁰ Art. 1a EOG.

- Die *berufliche Vorsorge* als 2. Säule des schweizerischen Sozialvorsorgesystems hat zusammen mit der AHV und der IV die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung zu gewährleisten.¹⁹¹ Obligatorisch versichert sind Arbeitnehmende mit einem festgelegten Mindestjahreslohn,¹⁹² die auch bei der AHV versichert sind.¹⁹³ Personen, welche das ordentliche Rentenalter (Männer 65 Jahre, Frauen 64 Jahre) erreichen, haben einen durchsetzbaren Anspruch auf eine Altersrente, welche in Prozenten des Altersguthabens berechnet wird.¹⁹⁴ Ebenso kann sich bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen ein Anspruch auf eine Kinderrente,¹⁹⁵ Hinterlassenenrente,¹⁹⁶ Invalidenrente¹⁹⁷ und/ oder auf Verpfändung oder Vorbezug des Vorsorgeguthabens (Wohneigentumsförderung)¹⁹⁸ ergeben.
- Bei der *Arbeitslosenversicherung* (ALV) sind alle Arbeitnehmenden, nicht hingegen Selbständigerwerbende, obligatorisch gegen Arbeitslosigkeit versichert.¹⁹⁹ Zweck der ALV ist die Sicherung eines angemessenen finanziellen Ersatzes bei Erwerbsausfall.²⁰⁰ Die Finanzierung erfolgt über je hälftige Beiträge der Arbeitnehmenden und der Arbeitgeber.²⁰¹ Anspruch auf eine Arbeitslosenentschädigung aus der ALV hat, wer arbeitslos ist, einen anrechenbaren Erwerbsausfall erlitten hat, vermittlungsfähig ist, die Kontrollvorschriften erfüllt und innerhalb der Rahmenfrist von i.d.R. zwei Jahren vor der Anmeldung während mind. zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat.²⁰² Weitere Ansprüche aus der ALV können in Form von Kurzarbeitsentschädigung,²⁰³ Schlechtwetterentschädigung²⁰⁴ oder Insolvenzenterschädigung²⁰⁵ bestehen.

Einige Kantone sehen darüber hinaus Anschlussgelder vor, so „gewährt [etwa der Kanton Zug] den im Kantonsgebiet wohnhaften arbeitslosen Personen eine angemessene, zeitlich befristete Arbeitslosenhilfe, sofern sie ihren Anspruch auf Leistungen der bundesrechtlichen Arbeitslosenversicherung ausgeschöpft haben“.²⁰⁶ Ähnliche Bestimmungen kennen die Kan-

¹⁹¹ Art. 113 Abs. 2 lit. a BV und Art. 1 Abs. 1 BVG.

¹⁹² Art. 112 Abs. 2 lit. b BV und Art. 2 i.V.m. Art. 7 ff. BVG. Der Mindestjahreslohn beträgt seit dem 1. Jan. 2013 21'060 Franken (siehe Bundesamt für Sozialversicherungen BSV, Grenzbeträge 2013 BVG, <http://www.bsv.admin.ch/themen/vorsorge/aktuell/00330/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 22. Jan. 2014).

¹⁹³ Art. 5 BVG. Eine freiwillige Versicherung ist möglich für Arbeitnehmende, welche nicht dem Obligatorium unterstehen, und für Selbständigerwerbende; Art. 4 und Art. 46 f. BVG. Für selbständig Erwerbende vgl. zudem Art. 112 Abs. 2 lit. d und e BV sowie Art. 3 und 42 ff. BVG.

¹⁹⁴ Art. 13 und 14 BVG. Das Altersguthaben setzt sich zusammen aus den persönlichen Altersgutschriften und Zinsen, Art. 15 und 16 BVG.

¹⁹⁵ Art. 17 und 25 BVG.

¹⁹⁶ Art. 18 ff. BVG.

¹⁹⁷ Art. 23 ff. BVG.

¹⁹⁸ Art. 30a ff. BVG.

¹⁹⁹ Art. 114 Abs. 2 lit. b BV und Art. 2 AVIG i.V.m. AHVG. Ausgenommen sind teilweise mitarbeitende Familienmitglieder in der Landwirtschaft sowie Personen, die das Rentenalter erreicht haben.

²⁰⁰ Art. 1a AVIG.

²⁰¹ Art. 114 Abs. 3 BV und Art. 3 Abs. 3 AVIG.

²⁰² Art. 8 ff. AVIG. Diese Voraussetzung kann dazu führen, dass jemand als Arbeitnehmender zwar Beiträge geleistet hat, jedoch u.U. dennoch keinen Anspruch auf Leistungen der ALV hat.

²⁰³ Art. 31 ff. AVIG.

²⁰⁴ Art. 42 ff. AVIG.

²⁰⁵ Art. 51 ff. AVIG.

²⁰⁶ ZG: § 12 EG zum BG über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenterschädigung vom 29. Aug. 1996, BGS-ZG 845.5.

tone Schaffhausen und Tessin.²⁰⁷ Im Kanton Basel-Stadt erbringt die kantonale Arbeitslosenhilfe ab Beginn einer Wiedereingliederungsmassnahme Leistungen in Form von entlohnter Beschäftigung, unterstützter Bildung und/oder Übernahme von Projektkosten.²⁰⁸ In den Kantonen Neuenburg und Jura kann ein Anspruch auf Entschädigung ebenfalls bei der Aufnahme einer Wiedereingliederungsmassnahme wiedererlangt werden.²⁰⁹ Der Kanton Uri sieht zwar ergänzende kantonale Massnahmen zur Wiedereingliederung vor, welche auch individuelle finanzielle Leistungen enthalten können, hält aber ausdrücklich fest, dass darauf kein Rechtsanspruch besteht.²¹⁰

- Auf die obligatorische Krankenversicherung (KVG) und die Unfallversicherung (UVG) wird hinten anlässlich der Darstellung der Gewährleistungspflichten des Rechts auf das erreichbare Höchstmass an Gesundheit eingegangen.²¹¹

3. Beurteilung

Die Schweiz setzt die aus dem Recht auf Soziale Sicherheit fliessenden Minimalverpflichtungen mit der Anerkennung eines Grundrechts auf Hilfe in Notlagen justiziabler Weise. Trotz entgegenstehender Verlautbarungen der Schweiz besteht in der Schweiz bei Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen überdies ein individuell durchsetzbares Recht auf Sozialhilfe.²¹² Ausserhalb der Minimalverpflichtung kreieren darüber hinaus die Sozialversicherungen justiziable Leistungsansprüche. Damit setzt die Schweiz – wie vom Legalitätsprinzip gefordert – die Gewährleistungspflichten des Rechts auf Soziale Sicherheit in justiziabler Weise um.

²⁰⁷ SH: Art. 6 Arbeitslosenhilfegesetz (AHG) vom 17. Feb. 1997, SHR 837.100; TI: Legge sul rilancio dell'occupazione e sul sostegno ai disoccupati (L-rilocc) vom 13. Okt. 1997, RLTi 10.1.4.1.

²⁰⁸ BS: §§ 5 f. Gesetz betreffend kantonale Arbeitslosenhilfe (ALHG) vom 24. Juni 2004, SG-BS 835.500.

²⁰⁹ NE: Règlement concernant les mesures d'intégration professionnelle (RMIP) vom 20. Dez. 2006, RSN 813.10, und Art. 8 ff. Arrêté fixant les limites financières et les montants d'aide des mesures d'intégration professionnelle (AMIP) vom 20. Dez. 2006, RSN 823.201.1; JU: Art. 4 Loi sur les mesures cantonales en faveur des demandeurs d'emploi (LMDE) vom 6. Dez. 2000, RSJU 837.04.

²¹⁰ UR: Art. 8 VO über die Arbeitsvermittlung, die Arbeitsbeschaffung und die Arbeitslosenversicherung (AMV) vom 11. Feb. 1998, RB-UR 20.2311 und Art. 3 Règlement über die ergänzenden kantonalen Massnahmen zur beruflichen Wiedereingliederung (AMR) vom 7. Juli 1998, RB-UR 20.2313.

²¹¹ Siehe S. 47 f.

²¹² Nicht geklärt werden muss gemäss der Fragestellung dieser Studie die Paktkonformität des Ausschlusses gewisser Personenkategorien von der Sozialhilfe.

X. RECHT AUF SCHUTZ DER FAMILIE, DER MÜTTER SOWIE DER KINDER UND JUGENDLICHEN (ART. 10 PAKT I)

Art. 10 des Pakts I enthält ein Konglomerat verschiedener Garantien. Ziff. 1 dieser Bestimmung schützt die Familie, Ziff. 2 Mütter sowie Ziff. 3 Kinder und Jugendliche. Zu dieser Bestimmung fehlt bis heute ein General Comment des Ausschusses für WSK-Rechte.

1. Schutz der Familie

Aus Art. 10 Ziff. 1 Pakt I geht hervor, dass die Familie „grösstmöglichen Schutz und Beistand geniessen soll“. Welche Massnahmen zur Erfüllung dieses Ziels zu ergreifen sind, wird durch den Wortlaut dieser Bestimmung nicht geklärt. Im General Comment zu Art. 23 Pakt II, welcher eine ähnliche Formulierung enthält, hält der Menschenrechtsausschuss allerdings allgemein fest, dass die Staaten gesetzgebende, Verwaltungs- oder andere Massnahmen verabschieden sollen.²¹³ Justiziable Gehalte lassen sich damit hier kaum mit Bestimmtheit eruieren. Hingegen erscheint klar, dass aus dieser Bestimmung auch Unterlassungs- und Schutzpflichten fliessen, d.h. der Staat das Zusammenleben und die Gründung von Familien grundsätzlich nicht beeinträchtigen darf und dafür besorgt zu sein hat, dass dieses Resultat auch nicht durch das Verhalten anderer Privater bewirkt wird. Ziff. 1 statuiert zudem, dass eine Ehe „nur im freien und vollen Einverständnis der künftigen Ehegatten“ geschlossen werden darf und untersagt damit Zwangsheiraten.

Aus Art. 10 Ziff. 1 Pakt I fliessende *Unterlassungs- und Schutzpflichten* korrespondieren weitgehend mit anderen die Schweiz bindenden menschenrechtlichen Garantien, die unbestritten als justiziabel gelten: So schützt das in Art. 17 Pakt II und Art. 8 EMRK verbriefte *Recht auf Privat- und Familienleben* nicht nur vor staatlichen Eingriffen in das Familienleben, sondern ebenso vor Beeinträchtigungen durch Private. Art. 12 EMRK und Art. 23 Abs. 2 Pakt II schützen das *Recht auf Eingehen einer Ehe*.²¹⁴ Auf landesrechtliche Ebene gilt der gleiche Befund für das in Art. 13 BV verankerte Recht auf Schutz der Privatsphäre, welches ebenso das Familienleben schützt²¹⁵ und für Art. 14 BV,²¹⁶ welcher das Recht auf Ehe gewährleistet.²¹⁷ Auch verschiedene Kantonsverfassungen schützen in analoger Weise wie die BV die Achtung des Familienlebens.²¹⁸ Zusätzlich gewährleisten einige ausdrücklich die freie Wahl einer anderen Form des gemeinschaftlichen

²¹³ Menschenrechtsausschuss, CCPR General Comment No. 19: Article 23 (The Family) Protection of the Family, the Right to Marriage and Equality of the Spouses, 27. Juli 1990, Ziff. 3.

²¹⁴ Siehe zu diesen Garantien z.B. KÄLIN/KÜNZLI, S. 465 ff. und 472 ff.

²¹⁵ Siehe dazu etwa MÜLLER/SCHEFER, S. 238 f.

²¹⁶ Ähnliche Regelungen finden sich auch in einigen kantonalen Verfassungen: Siehe z.B. Art. 10 Abs. 1 KV-AR; Art. 13 Abs. 1 KV-BE; § 6 Abs. 2 lit. h KV-BL; § 11 Abs. 1 lit. h KV-BS; Art. 13 KV-FR; Art. 8 lit. c KV-JU; Art. 12 Abs. 1 KV-NE; Art. 2 lit. h KV-SG; Art. 9 KV-SO; Art. 12 lit. b KV-UR und Art. 14 KV-VD.

²¹⁷ Gemäss einer neuen Praxis des EGMR umfasst der Begriff Familienleben auch gleichgeschlechtliche Partnerschaften; EGMR (Grand Chamber), X. and Others v. Austria, 19010/07, Reports 2013, Ziff. 95. Ob diese Ausweitung des Familienbegriffs auch auf Art. 10 Ziff. 1 Pakt I anwendbar ist, muss hier offenbleiben. Jedenfalls können in der Schweiz gleichgeschlechtliche Paare ihre Partnerschaft offiziell eintragen; siehe Art. 1 ff. des BG über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz) vom 18. Juni 2004, SR 211.231. Gar explizit verfassungsrechtlich verankert ist dieser Anspruch gemäss Art. 14 Abs. 2 KV-FR und Art. 22 KV-GE.

²¹⁸ Siehe § 15 Abs. 2 KV-AG; Art. 10 Abs. 1 KV-AR; Art. 13 Abs. 1 KV-BE; § 11 Abs. 1 lit. g KV-BS; Art. 12 Abs. 1 KV-FR; Art. 11 Abs. 1 KV-JU und Art. 15 Abs. 1 KV-VD.

Zusammenlebens.²¹⁹ Ebenso klar in justizabler Weise gilt in der Schweiz schliesslich das *Verbot der Zwangsheirat*. Dieses findet sich bspw. explizit in Art. 23 Pakt II und Art. 19 KRK sowie implizit auch in Art. 14 BV.²²⁰ Auch auf gesetzlicher Ebene wird diesem Verbot in durchsetzbarer Weise Nachachtung verschafft. So liegt seit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über Massnahmen gegen Zwangsheiraten im Jahr 2013 ein unbefristeter Eheungültigkeitsgrund vor, wenn ein Ehegatte die Ehe nicht aus freiem Willen geschlossen hat oder einer der Eheleute minderjährig ist.²²¹

Individuelle durchsetzbare und damit justiziable Ansprüche zum Schutz von Familien auf *Gewährleistungsebene* finden sich auf gesetzlicher Ebene. Dazu zählen etwa:

- *Ansprüche auf Kinder- und Familienzulagen:* Das vom Bund gestützt auf Art. 116 Abs. 2 BV erlassene Familienzulagengesetz (FamZG) räumt Ansprüche für Kinder- und Ausbildungszulagen für Kinder, zu welchen ein Kindesverhältnis nach ZGB²²² besteht, Stiefkinder, Pflegekinder und u.U. für Geschwister und Enkelkinder ein.²²³ Kinderzulagen werden ausgerichtet für Kinder ab der Geburt bis zum vollendeten 16. Lebensjahr²²⁴ und Ausbildungszulagen ab dem 16. Altersjahr bis zum Abschluss der Ausbildung bzw. spätestens bis Vollendung des 25. Altersjahrs.²²⁵ Die Kantone können darüber hinaus einen Anspruch auf *Geburts- und Adoptionszulagen* vorsehen, was einige Kantone tun.²²⁶
- *Ergänzende Leistungen:* Einzelne Kantone sehen über die Familienzulagen und Mutterschaftsversicherung²²⁷ hinaus weitere Ergänzungsleistungen für bedürftige Familien vor.²²⁸ Einerseits sind dies *Beiträge für die Betreuung von Kleinkindern*, wenn die Eltern bzw. ein alleinerziehender Elternteil aus wirtschaftlichen Gründen ansonsten gezwungen wäre, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen.²²⁹ Andererseits sind es bedarfsabhängige *Mutterschaftsbeiträge*, welche zusätzlich zur eidgenössischen Mutterschaftsentschädigung zum Tragen kom-

²¹⁹ Art. 10 Abs. 1 KV-AR; Art. 13 Abs. 2 KV-BE; § 11 Abs. 1 lit. i KV-BS; Art. 14 Abs. 1 KV-FR; Art. 12 Abs. 1 KV-JU; Art. 12 Abs. 1 lit. c KV-SH; Art. 14 Abs. 2 KV-VD und Art. 13 KV-ZH.

²²⁰ So MÜLLER/SCHÉFER, S. 226 und KIENER/KÄLIN, S. 186.

²²¹ BG über Massnahmen gegen Zwangsheiraten vom 15. Juni 2012; Art. 105 Ziff. 5 und 6 ZGB. Zugleich garantiert seit 2013 Art. 181a StGB die strafrechtliche Sanktionierung von Zwangsheiraten.

²²² Vgl. Art. 252 ff. ZGB.

²²³ Art. 3 ff. FamZG und Art. 1 ff. FamZV. Einzelne Kantonsverfassungen wiederholen den Anspruch auf Familienzulagen nochmals ausdrücklich, so Art. 60 Abs. 1 KV-FR, Art. 23 Abs. 2 KV-JU und Art. 63 Abs. 1 KV-VD.

²²⁴ Art. 3 Abs. 1 lit. a FamZG.

²²⁵ Art. 3 Abs. 1 lit. b FamZG.

²²⁶ Art. 3 Abs. 2 und 3 FamZG und Art. 2 und 3 FamZV. So z.B. FR: Art. 5 lit. c des Gesetzes vom 26. Sept. 1990 über die Familienzulagen, SGF 836.1; LU: § 5 des Gesetzes über die Familienzulagen (Kantonales Familienzulagengesetz) vom 8. Sept. 2008, SRL 885; VD: Art. 3 Abs. 3 Loi d'application de la loi fédérale sur les allocations familiales et sur des prestations cantonales en faveur de la famille vom 23. Sept. 2008, RSV 836.01; VS: Art. 5 f. des Ausführungsgesetzes zum BG über die Familienzulagen (AGFamZG), SGS-VS 836.1.

²²⁷ Vgl. dazu hinten S. 39.

²²⁸ Auf Bundesebene wurden zwei Initiativen betreffend Ergänzungsleistungen für Familien im Jahr 2011 abgeschrieben (vgl. Parlamentarische Initiative Fehr Jacqueline vom 18.09.2000, 00.436, und Parlamentarische Initiative Meier-Schatz vom 19.09.2000, 00.437).

²²⁹ So AG: §§ 26 ff. SHG-AG; GL: Gesetz über Erwerbsersatzleistungen für einkommensschwache Eltern vom 5. Mai 1991, GS-GL VIII D/7/1; GR: Art. 6 Gesetz über die Förderung der familienergänzenden Kinderbetreuung im Kanton Graubünden vom 18. Mai 2003, BR 548.300; SH: Art. 27 ff. Gesetz über Familien- und Sozialzulagen vom 22. Sept. 2008, SHR 836.100; OW: Art. 8 ff. Gesetz über die familienergänzende Kinderbetreuung (GFK) vom 29. Nov. 2007, GDB 870.7; SO: §§ 85^{bis} ff. SHG-SO; TI: Art. 51 ff. Legge sugli assegni di famiglia vom 18. Dez. 2008, RL 6.4.1.1; ZH: §§ 26 a. ff. Jugendhilfegesetz vom 14. Juni 1981, LS 852.1. Nach Art. 60 KV-FR „richtet [der Staat] Familien mit Kleinkindern ergänzende Leistungen aus, sofern ihre finanziellen Verhältnisse es erfordern“. Eine entsprechende gesetzliche Regelung findet sich jedoch nicht.

men.²³⁰ In wenigen Kantonen erstrecken sich diese auch auf die Zeit vor der Geburt, wenn eine Notlage bzw. ein Härtefall vorliegt.²³¹ Zudem profitieren teilweise auch Mütter ohne Erwerbstätigkeit davon.²³² Der Kanton Tessin sieht zusätzlich zur pauschalen Kinderzulage und zu den Beiträgen für die Betreuung von Kleinkindern für Familien in bescheidenen Verhältnissen ergänzende Kinderzulagen (assegno integrativo) vor.²³³

- *Tagesbetreuungsstrukturen für Kinder:* Wenige Kantone räumen in ihrer Verfassung einen Anspruch auf Tagesbetreuung ein.²³⁴ Die Kantone Genf und Waadt sehen eine die Schulzeit ergänzende fakultative Tagesbetreuung vor, wobei Organisation und Finanzierung Sache der Gemeinde oder des Staates sind und die Eltern sich finanziell beteiligen.²³⁵ Der Kanton Basel-Stadt räumt Eltern ein Recht auf ein finanziell tragbares familienergänzendes Tagesbetreuungsangebot ein.²³⁶ Die Kantone Freiburg und Waadt sehen die Organisation einer Betreuung für nichtschulpflichtige Kinder vor.²³⁷
- *Familienmietzinsbeiträge:* Einzelne Kantone räumen Familien in bescheidenen finanziellen Verhältnissen unter Erfüllung der Voraussetzungen einen Anspruch auf Mietzinsbeiträge ein, so die Kantone Basel-Landschaft und Basel-Stadt.²³⁸
- *Steuererleichterungen für Familien:* Schliesslich sehen bereits auf Verfassungsstufe verschiedene Kantone Steuererleichterungen für Familien mit Kindern vor.²³⁹ Auf Gesetzesstufe gewähren denn auch sowohl der Bund²⁴⁰ wie auch die Kantone²⁴¹ entsprechende Abzüge.

²³⁰ So FR: Art. 6 ff. Gesetz vom 9. Sept. 2010 über die Mutterschaftsbeiträge (MBG), SGF 836.3; GR: Gesetz über Mutterschaftsbeiträge vom 8. Dez. 1991, BR 548.200; LU: §§ 54-59 SHG-LU und §§ 35-37 SHV-LU; SG: Gesetz über Mutterschaftsbeiträge vom 5. Dez. 1985, sGS 372.1; VD: Art. 20 ff. Loi d'application allocations familiales (Anm. 226); ZG: Gesetz über die Ausrichtung kantonaler Mutterschaftsbeiträge vom 1. Sept. 1988, BGS-ZG 826.25.

²³¹ Z.B. LU: § 57 SHG-LU; SG: Gesetz über Mutterschaftsbeiträge (Anm. 230); ZG: § 3 Abs. 2 Gesetz Mutterschaftsbeiträge (Anm. 230). Der Kanton Freiburg gewährt einen solchen Anspruch in der Kantonsverfassung (Art. 33 KV-FR), hat jedoch keine entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen erlassen und verweist auf das übliche Sozialhilfesystem und den materiellen Schutz durch Art. 336c Abs. 1 Bst. c OR (Botschaft Nr. 195 des Staatsrats an den Grossen Rat zum Gesetzesentwurf über die Mutterschaftsbeiträge vom 17. Mai 2010, Ziff. 6).

²³² So z.B. FR: Art. 33 Abs. 3 KV-FR und MBG (Anm. 230); Art. 21 Loi d'application allocations familiales (Anm. 226).

²³³ TI: Art. 47 ff. Legge assegni di famiglia (Anm. 229); Art. 20 Regolamento sugli assegni di famiglia vom 23. Juni 2009, RL 6.4.1.1.1.

²³⁴ §11 Abs. 2 lit. a KV-BS; Art. 60 Abs. 3 KV-FR; Art. 200 und 204 KV-GE; Art. 63 Abs. 2 und Art. 63a KV-VD.

²³⁵ Art. 200 ff. KV-GE; Art. 63 Abs. 2 und Art. 63a KV-VD.

²³⁶ §11 Abs. 2 lit. a KV-BS.

²³⁷ Art. 60 Abs. 3 KV-FR; Art. 63 Abs. 2 KV-VD.

²³⁸ BL: Gesetz über die Ausrichtung von Mietzinsbeiträgen vom 20. März 1997, SGS-BL 844; BS: Gesetz über die Ausrichtung von Mietzinsbeiträgen an Familien mit Kindern (Mietbeitragsgesetz, MBG) vom 21. Nov. 1990, SG-BS 890.500.

²³⁹ Siehe z.B. § 133 KV-BL; Art. 134 lit. a und B KV-SO.

²⁴⁰ Art. 35 Abs. 1 lit. a und 36 Abs. 2 und 2^{bis} BG über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14. Dez. 1990, SR 642.11.

²⁴¹ Siehe etwa BL: §§ 29 Abs. 1 lit. c (Abzug für Drittbetreuung) und 34 Abs. 4 (Kinderabzug) Gesetz über die Staats- und Gemeindesteuern (Steuergesetz) vom 7. Feb. 1974, SGS-BL 331; SO: §§ 41 Abs. 1 lit. d, 43 Abs. 1 lit. a und 71 Abs. 1 Gesetz über die Staats- und Gemeindesteuern (Steuergesetz) vom 1. Dez. 1985, BGS-SO 614.11.

2. Schutz der Mütter

Art. 10 Ziff. 2 Pakt I schützt Mütter vor und nach der Niederkunft. Sofern sie berufstätig sind, sollen sie „bezahlten Urlaub oder Urlaub mit angemessenen Leistungen aus der Sozialen Sicherheit erhalten“.

Verschiedene *arbeitsrechtliche Bestimmungen* gewähren Arbeitnehmerinnen insbesondere in Bezug auf Arbeitsbedingungen und Kündigungen einen besonderen, rechtlich durchsetzbaren Schutz vor und nach der Geburt eines Kindes.²⁴² Z.B. haben erwerbstätige Frauen nach der Niederkunft Anspruch auf einen Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen.²⁴³ Der Bund ist zudem seiner Verpflichtung aus Art. 116 Abs. 3 BV nachgekommen und hat eine eidgenössische *Mutterschaftsversicherung* eingerichtet, welche nach der Geburt eines Kindes einen Anspruch auf Entschädigung einräumt.²⁴⁴ Zwei Kantone gewähren darüber hinaus – nebst den bereits erwähnten bedarfsabhängigen Mutterschaftsbeiträgen – bei Erfüllung der Voraussetzungen einen Anspruch auf kantonale Mutterschaftsbeiträge, welcher auch ohne Vorliegen einer Bedürftigkeit besteht,²⁴⁵ bzw. eine ergänzende kantonale Mutterschaftsversicherung.²⁴⁶

3. Schutz von Kindern und Jugendlichen

Ziffer 3 von Art. 10 Pakt I hält die Vertragsstaaten an „Sondermassnahmen zum Schutz und Beistand für alle Kinder und Jugendlichen ohne Diskriminierung aufgrund von der Abstammung oder aus sonstigen Gründen“ zu treffen, diese Personen vor wirtschaftlicher und sonstiger Ausbeutung zu schützen und ein Mindestalter für die Beschäftigung von Kindern festzulegen. Diese Bestimmung gehört gemäss den Ausführungen des Ausschusses im General Comment No. 3 zu denjenigen Bestimmungen, „bei denen es möglich erscheint, dass sie in vielen nationalen Rechtssystemen von den Gerichten oder anderen Organen unmittelbar angewendet werden können“ und es sich nur schwer annehmen lässt, dass sie nicht unmittelbar anwendbar sind.²⁴⁷ Mutmasslich untersagt diese Bestimmung auch die körperliche Bestrafung von Kindern.²⁴⁸

Die Rechte von Kindern und Jugendlichen sind in der auch von der Schweiz ratifizierten Kinderrechtskonvention (KRK) in zahlreichen direkt anwendbaren Artikeln verbrieft. Art. 11 Abs. 1 BV garantiert Kindern und Jugendlichen einen „Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung“. Anspruchsberechtigt sind Minderjährige unabhängig von Nationalität und Aufenthaltsstatus.²⁴⁹ Das Bundesgericht anerkennt die Justiziabilität dieses Anspruchs und tritt auf Beschwerden wegen Verletzung des Anspruchs auf Schutz der Unversehrtheit ein, soweit er zusammen mit der Verletzung einer anderen Grundrechtsgarantie geltend gemacht wird. So wird erreicht, dass anlässlich der Verhältnismässigkeitsprüfung den Anliegen

²⁴² Z.B. Art. 324a Abs. 3, 328a Abs. 3, 329b Abs. 3, 329f und 336c Abs. 1 lit. c OR; Art. 35 ff. ArG.

²⁴³ Art. 329f OR.

²⁴⁴ Art. 16b ff. EOG und Art. 23 ff. EOV.

²⁴⁵ FR: Art. 2 ff. MBG (Anm. 230).

²⁴⁶ GE: Loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption du 21 avril 2005 (LAMat), RSG J 5 07.

²⁴⁷ WSK-Ausschuss, General Comment No. 3, Ziff. 5.

²⁴⁸ WSK-Ausschuss, Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, the Crown Dependencies and the Overseas Dependent Territories, 5. Juni 2002, UN Doc. E/C.12/1/Add.79, Ziff. 36; Ausschuss für die Rechte des Kindes, Concluding observations of the Committee on the Rights of the Child: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, 15. Feb. 1995, UN Doc. CRC/C/15/Add.34, Ziff. 31.

²⁴⁹ JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse, Zürich 2003, Art. 11, Rz. 3.

von Kindern und Jugendlichen besondere Beachtung geschenkt werden kann.²⁵⁰ Nicht als justiziabel erachtet hingegen das Bundesgericht den Anspruch auf Förderung der Entwicklung.²⁵¹

Mit Art. 11 BV vergleichbare Ansprüche finden sich in verschiedenen kantonalen Verfassungen,²⁵² wobei deren Justiziabilität bis heute weitgehend ungeklärt erscheint. Schliesslich plädiert zumindest die Lehre dafür, dass Art. 11 BV in Verbindung mit dem Recht auf körperliche und psychische Integrität von Art. 10 Abs. 2 BV die körperliche Züchtigung von Kindern und Jugendlichen untersagt.²⁵³

Wie bereits oben erwähnt²⁵⁴ enthält das Arbeitsgesetz Sondervorschriften zum Schutze von jugendlichen Arbeitnehmenden.²⁵⁵ Diese werden in der Jugendarbeitsschutzverordnung²⁵⁶ in gerichtlich durchsetzbarer Weise konkretisiert. Laut Art. 30 Abs. 1 Arbeitsgesetz dürfen zudem Jugendliche vor dem vollendeten 15. Altersjahr grundsätzlich nicht beschäftigt werden.

4. Beurteilung

Verpflichtungen zum Schutz der *Familie* werden in der Schweiz auf Unterlassungsebene grundsätzlich als justiziabel anerkannt, da sie inhaltlich weitgehend auch parallel durch Schutzbereiche bürgerliche und politischer Menschen- resp. Grundrechte anerkannt werden. Darüber hinaus anerkennt das schweizerische Landesrecht auf Gewährleistungsebene individuell durchsetzbare Ansprüche v.a. in den Bereichen Kinderzulagen und Steuererleichterungen.

Die Vorgaben des Pakts I zu den Rechten von *Müttern* werden durch die Schweiz praktisch ausschliesslich durch die Mutterschaftsversicherung umgesetzt. Diese begründet einklagbare Ansprüche.

Die Garantien zum Schutz von *Kindern und Jugendlichen* werden in der Schweiz primär durch die spezifische Garantie von Art. 11 BV umgesetzt, die zumindest partiell als justiziabel anerkannt wird. Direkt durchsetzbare Ansprüche im Privatverhältnis statuiert ferner die Arbeitsgesetzgebung.

²⁵⁰ KIENER/KÄLIN, S. 454.

²⁵¹ BGE 126 II 377, E. 5.d., sowie KIENER/KÄLIN S. 456 f. und MÜLLER/SCHEFER, S. 811.

²⁵² Vgl. Art. 24 Abs. 2 KV-AR; § 11 lit. f KV-BS; Art. 34 KV-FR; Art. 14 Abs. 1 KV-NE; Art. 2 lit. e KV-SG; Art. 14 KV-SH; Art. 13 Abs. 2 KV-TI; Art. 13 Abs. 1 KV-VD.

²⁵³ MÜLLER/SCHEFER, S. 810.

²⁵⁴ Siehe S. 17.

²⁵⁵ Siehe Art. 29 ff. ArG.

²⁵⁶ Jugendarbeitsschutzverordnung (Anm. 105).

XI. RECHT AUF EINEN ANGEMESSENEN LEBENSSTANDARD (ART. 11 PAKT I)

Art. 11 Abs. 1 Pakt I garantiert ein Recht auf einen angemessenen Lebensstandard, „einschliesslich ausreichender Ernährung, Bekleidung und Unterbringung“. Obwohl nicht im Text von Art. 11 Pakt I verankert, ist mittlerweile weitgehend anerkannt, dass auch ein Recht auf Wasser und auf Zugang zu Sanitäreinrichtungen aus dieser Garantie fliesst.²⁵⁷

Das Recht auf Unterkunft (aber hinsichtlich landwirtschaftlichen nutzbaren Landes auch das Recht auf Nahrung) verpflichtet die Staaten zudem, die rechtliche Sicherheit der Besitzstände zu schützen und insbesondere von entschädigungslosen Zwangsvertreibungen abzusehen sowie dieses Recht gleichberechtigt und diskriminierungsfrei zu garantieren. Fälle von Zwangsumsiedlungen sind nach Ansicht des WSK-Ausschusses prima facie unvereinbar mit dem Pakt I.²⁵⁸ Ein Anspruch, dass der Staat allen Personen Unterkünfte zu bauen und kostenlos zur Verfügung zu stellen hätte, kann aus dieser Garantie nicht abgeleitet werden.²⁵⁹

1. Unterlassungspflichten

Aus Art. 11 Pakt I fliessende Unterlassungspflichten nehmen in der Praxis des Ausschusses einen prominenten Platz ein.²⁶⁰ Für die Schweiz als Industriestaat ausserhalb von kriegesischen Auseinandersetzungen sind indes nur wenige der darin angesprochenen Bereiche von Relevanz und konkret das Verbot des Staates, entschädigungslos Wohneigentum zu enteignen, den ungestörten Genuss der Wohnung zu respektieren oder Mietverträge von in staatlichem Eigentum wohnhaften Mietern missbräuchlich zu kündigen.

Das schweizerische Landesrecht schützt diese Ansprüche in durchsetzbarer Weise durch die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV sowie durch das Recht auf Privatleben gemäss Art. 13 BV resp. Art. 8 EMRK.²⁶¹

2. Schutzpflichten

Die Pflicht der Staaten gegen Beeinträchtigungen des Rechts auf einen angemessenen Lebensstandard durch andere Private vorzugehen erscheint für Industriestaaten insbesondere im Bereich des Rechts auf Unterkunft von Relevanz: Staaten sind dabei insbesondere gehalten Bewohnerinnen und Bewohner vor missbräuchlichen Ausweisungen zu schützen, aber auch sicherzustellen, dass Privatwohnungen gewisse Qualitätsanforderungen erfüllen und Bewohner und Bewohnerinnen vor Immissionen zu schützen. Um diese Ziele zu erreichen ist auch der Aufbau eines Rechtsschutzes vonnöten mit welchem Betroffene gegen diese Beeinträchtigungen des Rechts auf Unterkunft vorgehen können.²⁶²

²⁵⁷ WSK-Ausschuss, General Comment No. 15, Ziff. 3; vgl. auch WSK-Ausschuss, General Comment No. 6, Ziff. 5 und 32, sowie KÄLIN/KÜNZLI, S. 349 ff.

²⁵⁸ WSK-Ausschuss, General Comment No. 4, Ziff. 18; WSK-Ausschuss, General Comment No. 7, Ziff. 1.

²⁵⁹ UN-Fact Sheet No. 21 (Rev.1), The Right to Adequate Housing, S. 6.

²⁶⁰ Siehe für eine Übersicht etwa KÄLIN/KÜNZLI, S. 346 ff., 353, 355 f.

²⁶¹ Siehe dazu gleich anschliessend.

²⁶² Siehe dazu KÄLIN/KÜNZLI, S. 357.

Die Schweiz setzt diese Vorgaben im Privatrecht um. So enthalten etwa die Art. 271 ff. OR gerichtlich durchsetzbare Regeln zum Schutz vor missbräuchlichen Kündigungen von Mietverträgen über Wohnräume. Der Schutz vor schädlichen oder lästigen Immissionen durch andere Private ist nicht nur Bestandteil der in Art. 679 und 684 ff. ZGB verbrieften nachbarrechtlichen Abwehransprüche, sondern gemäss einer konstanten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Teil der aus dem Recht aus Privatleben fliessenden Schutzpflichten.²⁶³

Eine weitere Schutzpflicht wird auf Bundesebene dadurch erfüllt, dass die Art. 276 ff. ZGB individuelle Unterstützungsansprüche des Kindes gegenüber seinen Eltern verankern.

3. Minimalverpflichtungen

Als grundsätzlich unmittelbar zu erfüllende und damit justiziable Kernverpflichtung hat der Ausschuss für WSK-Rechte die Ermöglichung eines diskriminierungsfreien Zugangs zu einer Mindestmenge an Nahrung²⁶⁴ und Wasser²⁶⁵ sowie zu Bekleidung identifiziert. Aus dem Recht auf Unterkunft unterstehen Staaten der Minimalverpflichtung Personen in einer Notlage, z.B. Opfer von Naturkatastrophen oder Obdachlose, Notunterkünfte bereitzustellen. Die Sicherstellung dieser Subsistenzbedürfnisse kann sowohl mittels Zurverfügungstellung von Naturalleistungen als auch durch die Bereitstellung entsprechender finanzieller Mittel erfolgen.

Die Schweiz setzt diese Kernverpflichtungen primär durch die justiziable Garantie von Art. 12 BV um.²⁶⁶ Diese garantiert jeder Person, die in eine Notlage gerät einen Anspruch auf „Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind“ und damit ein Recht auf ein absolutes Existenzminimum. Diese Verfassungsnorm schützt alle Personen, d.h. auch ausländische Staatsangehörige unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus.²⁶⁷ Der Anspruch ist subsidiär zu Leistungen aus den Sozialversicherungen und das Ausmass der Leistungen liegt generell unter demjenigen der Sozialhilfe.²⁶⁸ Im Rahmen der Nothilfe hat der Staat das zu leisten, „was zur Vermeidung von Hunger, Kälte, Krankheit oder einer Bettelexistenz notwendig ist“. ²⁶⁹ Einige Kantone halten bereits in der Verfassung konkretisierend fest: „Jede Person hat bei Notlagen, die sie nicht aus eigener Kraft bewältigen kann, Anspruch auf ein Obdach, auf grundlegende medizinische Versorgung sowie auf die für ein menschenwürdiges Leben notwendigen Mittel“. ²⁷⁰ Im kantonalen Sozialhilferecht wird der Anspruch auf Nothilfe teilweise noch wei-

²⁶³ Siehe für eine Übersicht über diese Praxis etwa KÄLIN/KÜNZLI, S. 458 ff.

²⁶⁴ WSK-Ausschuss, General Comment No. 12, Ziff. 18 f. Als weitere Kernverpflichtung des Rechts auf Nahrung gilt insbesondere die Pflicht Hunger zu bekämpfen; WSK-Ausschuss, General Comment No. 12, Ziff. 6.

²⁶⁵ WSK-Ausschuss, General Comment No. 15, Ziff. 37.

²⁶⁶ Minimalverpflichtungen im Bereich der Subsistenzgüter verankert gemäss einer neueren Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auch Art. 3 EMRK; siehe EGMR (Grand Chamber), M.S.S. v. Belgium and Greece, 30696/09, Reports 2011.

²⁶⁷ BGE 121 I 367, E. 3.d. Siehe auch BGE 131 I 166, E. 4, wo festgestellt wird, dass ein Anspruch auf Nothilfe nicht mit der Begründung verweigert werden darf, dass ein weggewiesener Asylsuchender sich weigert beim Wegweisungsvollzug mitzuarbeiten. Denn, „[d]er grundrechtliche Anspruch ist (...) nur ausgeschlossen, wenn der Bedürftige selbst die Notlage rechtzeitig verhindern kann. In diesem Sinne braucht es einen sachlichen Zusammenhang zur tatsächlichen Beendigung der Notlage, d.h. die betroffene Person muss aufgrund der bestehenden Möglichkeit konkret und aktuell in der Lage sein, die Notlage selbst abzuwenden oder zu beenden“.

²⁶⁸ MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, St. Galler Kommentar zu Art. 12 BV, Rz. 20; siehe auch BIAGGINI, Art. 115, Rz. 4; ACHERMANN/KÜNZLI, S. 305. Zur Sozialhilfe siehe vorne S. 29 ff.

²⁶⁹ MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, St. Galler Kommentar zu Art. 12 BV, Rz. 13.

²⁷⁰ Art. 24 Abs. 1 KV-AR. Ähnlich Art. 29 Abs. 1 KV-BE; § 16 Abs. 1 KV-BL; Art. 36 Abs. 1 KV-FR; Art. 2 lit. f KV-SG; Art. 13 KV-SH.

ter ausgeführt, so umfasst bspw. die Nothilfe im Kanton Schwyz Unterkunft mit minimalem Standard, Verpflegung, Kleidung sowie die Pflichtleistungen nach KVG und nach vorgängiger Kostengutsprache auch zahnärztliche Notfallbehandlungen.²⁷¹

Über das Recht auf Nothilfe hinaus bestehen auch im Rahmen der Sozialhilfe individuell durchsetzbare Ansprüche,²⁷² welche auf einen angemessenen Lebensstandard hinzielen. So hält der Kanton Nidwalden in seiner Sozialhilfeverordnung bspw. fest, dass die wirtschaftliche Sozialhilfe den „notwendige[n] Lebensunterhalt im Sinne eines sozialen Existenzminimums [deckt, welcher] insbesondere Ernährung, Unterkunft, Kleidung, Körperpflege, Hausrat sowie Hausrat- und Haftpflichtversicherungen [umfasst]“. ²⁷³ Im Kanton Basel-Landschaft werden bspw. Unterstützungen „an die Aufwendungen für den Grundbedarf, eine angemessene Wohnung, obligatorische Versicherungen, medizinische Behandlung und Pflege, Tagesbetreuung [sowie] familienstützende Massnahmen (...) gewährt“. ²⁷⁴ Sehr ausführlich hält der Kanton Basel-Landschaft zudem fest, was die Unterstützung zur Deckung des Grundbedarfes alles umfassen soll: „Der Grundbedarf deckt pauschal die Aufwendungen ab für Nahrung und auswärtige Verpflegung, Kleidung und Berufsbekleidung, persönliche Auslagen, Haushaltsverbrauchsmaterial, Post, Telefon, Radio- und TV-Gebühren, Elektrizität, Gas, Kehrrichtgebühren, Prämien für Hausrat- und Haftpflichtversicherung sowie deren Selbstbehalte, U-Abo, Unterhalt von Velo oder Mofa, Haustiere, Hobbies, Spielsachen, Geschenke, Vereinsbeiträge und Ähnliches“. ²⁷⁵ Die Sozialhilfe verankert damit in justiziablem Weise Gewährleistungsansprüche aus dem Recht auf einen angemessenen Lebensstandard, welche über dessen Kerngehalt hinausreichen.

Schliesslich verankern verschiedene neuere Kantonsverfassungen gar ein eigentliches Recht auf Unterkunft.²⁷⁶ Ob und in welchem Umfang diese Garantien einen über die dargestellten Grundlagen hinausreichenden individuell durchsetzbaren Anspruch auf eine Unterkunft verankern, ist bis heute mangels Praxis weitgehend ungeklärt.

4. Verpflichtungen bei staatlichem Gewahrsam

Gegenüber Personen, welche ihre Subsistenzbedürfnisse nicht selber befriedigen können, weil sie sich in einer Gewahrsamssituation (z.B. Gefängnis, unfreiwillige Unterbringung in psychiatrischen Einrichtungen) befinden, welche ihnen die selbständige Befriedigung der Subsistenzgüter verunmöglicht, haben Anspruch darauf, dass sie über den Kerngehalt hinausgehende Leistungen des Staates erhalten.²⁷⁷ Namentlich hat der Staat ihnen angemessene Nahrung und Wasser zu Trink- und hygienischen Zwecken, Bekleidung, Unterbringung und medizinische Versorgung bereitzustellen.

²⁷¹ § 33 MigG-VV-SZ (Anm. 149).

²⁷² Siehe dazu vorne S. 29 ff.

²⁷³ NW: § 9 SHV-NW. Ähnliche Regelungen finden sich auch in anderen Kantonen: AG: § 3 Abs. 1 SHG-AG; FR: Art. 11 VO Richtsätze materielle Hilfe Sozialhilfegesetz (Anm. 167); GE: Art. 2 Abs. 2 SHV-GE sowie Art. 21 Abs. 2 lit. b SHG-GE und Art. 3 SHV-GE (Miete als Teil der Grundbedürfnisse); GL: Art. 24 SHG-GL; GR: Art. 2 lit. b und 8 (Wohnkosten) Ausführungsbestimmungen zum kantonalen Unterstützungsgesetz (Anm. 149); JU: Art. 7 (Wohnkosten) Arrêté fixant les normes applicables en matière d'aide sociale vom 8. Nov. 2005, RSJU 850.111.1; TG: § 2b Abs. 1 SHV-TG.

²⁷⁴ § 6 Abs. 1 SHG-BL.

²⁷⁵ § 8 SHV-BL i.V.m. § 6 Abs. 1 SHG-BL.

²⁷⁶ Siehe etwa Art. 38 KV-GE und Art. 22 KV-JU.

²⁷⁷ KÄLIN/KÜNZLI, S. 347 f. und 354 sowie vorne S. 11.

Diese Ansprüche werden in der Schweiz verfassungsrechtlich in justiziabler Weise geschützt: Das Bundesgericht hat nämlich in einer kreativen Rechtsprechung anerkannt, dass inhaftierte Personen basierend auf dem Grundrecht der persönlichen Freiheit einen grundrechtlichen Anspruch auf ausreichende und persönlichen²⁷⁸ resp. religiösen Überzeugungen²⁷⁹ angepasste Ernährung, auf angemessene Wohninfrastruktur²⁸⁰ und auf ärztliche Betreuung²⁸¹ haben.²⁸²

5. Beurteilung

Die aus dem Recht auf einen angemessenen Lebensstandard resultierenden Minimalverpflichtungen werden in der Schweiz einerseits mittels des verfassungsrechtlich garantierten Rechts auf Nothilfe sowie der ebenfalls individuell einforderbaren Leistungen der Sozialhilfe umgesetzt. Darüber hinausreichende Gewährleistungsansprüche fliessen gemäss bundesgerichtlicher Praxis für Personen in staatlichem Gewahrsam aus dem Grundrecht der persönlichen Freiheit. Den für die Schweiz im Vergleich dazu weniger bedeutsamen Schutzpflichten entsprechen etwa die in der Gesetzgebung eingeräumten privatrechtlichen Ansprüche auf Schutz vor missbräuchlichen Kündigungen Mietverträgen über Wohnungen oder das Recht des Kindes auf Unterstützungsleistungen durch seine Eltern.

²⁷⁸ Siehe etwa BGE 118 Ia 360, E. 3.a.: Anspruch auf vegetarische Ernährung.

²⁷⁹ Siehe etwa Urteil des Bundesgerichts 2A.10/2002, E 3.c. Diese Vorgabe ist auch Art. 22 Ziff. 2 der Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen (Rec[2006]2 des Ministerkomitees des Europarats) verankert und findet sich in zahlreichen Strafvollzugserlassen. Siehe dazu statt vieler etwa Art. 41 Abs. 1 Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG) des Kantons Bern vom 25. Juni 2003, BSG 341.1: „Auf Speisevorschriften auf Grund von Religionszugehörigkeiten wird so weit als möglich Rücksicht genommen“.

²⁸⁰ Z.B. Anspruch auf eine minimale Grösse der Wohnzelle, Anspruch auf täglichen Aufenthalt im Freien.

²⁸¹ Siehe für eine Zusammenstellung der Praxis JÖRG KÜNZLI/ALBERTO ACHERMANN, Bekämpfung von Infektionskrankheiten im Freiheitsentzug – Rechte und Pflichten von Inhaftierten und von Bund und Kantonen, Jusletter vom 7. Mai 2007, Rz. 7 ff.

²⁸² Siehe zu dieser Thematik ausführlich MÜLLER/SCHEFER, S. 114 ff.

XII. RECHT AUF DAS ERREICHBARE HÖCHSTMASS AN GESUNDHEIT (ART. 12 PAKT I)

Art. 12 Pakt I anerkennt „das Recht eines jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit“. Diese Recht, das einen engen inhaltlichen Konnex zum Recht auf einen angemessenen Lebensstandard und andere Menschenrechte aufweist,²⁸³ schützt damit nicht wie oft missverstanden ein illusorisches Recht, gesund zu sein, sondern verpflichtet die Staaten in Ergänzung zur individuellen Gesundheitsvorsorge Bedingungen anzustreben, die den höchst möglichen Gesundheitszustand aller Personen unter ihrer Jurisdiktion ermöglichen.²⁸⁴

1. Unterlassungspflichten

Vertragsstaaten des Pakts I ist es grundsätzlich²⁸⁵ untersagt, zwangsweise diagnostische oder therapeutische Massnahmen anzuordnen. Zu den Achtungspflichten der Vertragsstaaten gehört ferner die Pflicht, davon Abstand zu nehmen, den gleichberechtigten Zugang aller Personen, einschliesslich Inhaftierter, Minderheiten, Asylsuchender und illegaler Immigranten, zu bestehender Gesundheitsinfrastruktur zu erschweren oder zu verunmöglichen. Des Weiteren haben die Staaten es zu unterlassen, traditionelle präventive Pflege, Heilpraktiken und Medizin zu verbieten oder zu behindern, sowie unsichere Medikamente zu verbreiten. Schliesslich untersagt diese Garantie es den Staaten auch, die Umwelt in gesundheitsschädigender Weise zu verschmutzen.²⁸⁶

Die Justiziabilität des Verbots ohne Vorliegen eines Konsenses erfolgter medizinischer Behandlungen ist in der Schweiz unbestritten, enthält doch auch das Recht auf persönliche Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV²⁸⁷ aber auch das Recht auf Privatleben nach Art. 8 EMRK²⁸⁸ gemäss der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte²⁸⁹ den Anspruch keinen medizinischen Eingriffen ohne Einwilligung unterworfen zu werden.²⁹⁰ Die Pflicht, den diskriminierungsfreien Genuss von Gesundheitsinfrastruktur nicht zu tangieren, erfolgt primär über die ebenso justiziablen Ansprüche aus der obligatorischen Krankenversicherung²⁹¹ und die Ansprüche auf medizinische Behandlung an öffentlichen Spitälern.²⁹² Das Verbot gesundheitsschädigender

²⁸³ Art. 12 Pakt I erstreckt sich zudem auch auf Faktoren, welche die Führung eines gesunden Lebens ermöglichen, wie Nahrung und Ernährung, Wohnung, Zugang zu sicherem Trinkwasser, angemessene Sanitäreinrichtungen, sichere und gesunde Arbeitsbedingungen, eine gesunde Umwelt und Gesundheitserziehung; WSK-Ausschuss, General Comment No. 14, Ziff. 11.

²⁸⁴ WSK-Ausschuss, General Comment No. 14, Ziff. 8.

²⁸⁵ Dieses Verbot gilt nicht absolut; vielmehr dürfen ohne Konsens der Betroffenen angeordnete medizinische Handlungen im Rahmen der Schrankenklausel von Art. 4 Pakt I angeordnet werden.

²⁸⁶ WSK-Ausschuss, General Comment No. 14, Ziff. 34.

²⁸⁷ Siehe dazu etwa MÜLLER/SCHÉFER, S. 71 ff.

²⁸⁸ Je nach Schweregrad des Eingriffs können in solchen Fällen auch die Verbote der Folter und unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung oder nach Art. 7 Pakt II resp. Art. 3 EMRK einschlägig sein.

²⁸⁹ Siehe für einen Überblick über diese Rechtsprechung KÄLIN/KÜNZLI, S. 450 f.

²⁹⁰ Sämtliche kantonalen Gesundheitsgesetze konkretisieren diese Vorgaben und enthalten Regelungen zur notwendigen Aufklärung, Information und Einwilligung; siehe dazu die Übersicht in ACHERMANN/KÜNZLI, S. 273 ff.

²⁹¹ Siehe dazu anschliessend S. 47 f.

²⁹² Dazu hinten S. 49 ff.

Umweltverschmutzungen lässt sich schliesslich nicht nur mittels der Umweltschutzgesetzgebung durchsetzen, sondern ist gemäss einer mittlerweile etablierten Praxis des Europäischen Gerichtshofs ebenso Bestandteil des Rechts auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK.²⁹³

2. Schutzpflichten

Schutzpflichten im Bereich des Rechts auf Gesundheit halten die Vertragsstaaten des Pakts I neben gesetzgeberischen Massnahmen etwa dazu an, den diskriminierungsfreien Zugang zu privater Gesundheitsinfrastruktur zu garantieren, die private Diskriminierung kranker und behinderter Menschen zu unterbinden und gegen Traditionen und traditionelle Praktiken, welche die Gesundheit gefährden, vorzugehen, und gesunde Arbeitsbedingungen in privaten Arbeitsverhältnissen durchzusetzen.²⁹⁴

Das Obligatorium der Krankenversicherung und der damit verbundene Anspruch auf Rückerstattung der Kosten für eine private Medizinalleistung dürfte in wesentlichem Umfang dazu beitragen, dass auch der diskriminierungsfreie Genuss privater Gesundheitsinfrastruktur zumindest kein bedeutsames Problem darstellt. Zwangsheiraten²⁹⁵ oder weibliche Genitalbeschneidungen sind nicht nur strafrechtlich untersagt; vielmehr haben Opfer solcher privater Übergriffe einen aus dem Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK oder dem Recht auf Ehe²⁹⁶ resp. gar aus dem Verbot der unmenschlichen Behandlung nach Art. 3 EMRK bzw. Art. 7 Pakt II fliessenden Anspruch auf staatliche Schutzgewährung.

3. Minimalverpflichtungen und weitere Gewährleistungspflichten

Die *Gewährleistungspflicht* verlangt von den Vertragsstaaten u.a. dem Recht auf Gesundheit im nationalen politischen und rechtlichen System, vorzugsweise durch entsprechende Gesetzgebung, genügend Anerkennung zu verschaffen, und eine nationale Gesundheitspolitik zu verfolgen, um das Recht auf Gesundheit zu verwirklichen. Der gleichberechtigte Zugang zu den zugrunde liegenden Parametern wie sauberes Trinkwasser etc. sind ebenso zu gewährleisten, wie eine angemessene Ausbildung von medizinischem Personal und die Versorgung mit genügend Krankenhäusern, und weiteren Gesundheitseinrichtungen. Ein besonderes Augenmerk ist auf das Recht auf Gesundheit von Frauen,²⁹⁷ Kindern und Jugendlichen,²⁹⁸ älteren Menschen²⁹⁹ und Menschen mit Behinderungen³⁰⁰ zu legen. Des Weiteren haben die Staaten unter anderem ein für alle Menschen erschwingliches öffentliches, privates oder gemischtes Krankenversicherungssystem bereitzustellen.³⁰¹

²⁹³ Siehe statt Vieler: KÄLIN/KÜNZLI, S. 457 ff.

²⁹⁴ Siehe etwa WSK-Ausschuss, General Comment No. 14, Ziff. 35.

²⁹⁵ Siehe dazu vorne S. 36 f.

²⁹⁶ A.a.O.

²⁹⁷ WSK-Ausschuss, General Comment No. 14, Ziff. 21. Siehe dazu Art. 12 FDK.

²⁹⁸ WSK-Ausschuss, General Comment No. 14, Ziff. 22 ff.; vgl. auch Art. 24 Abs. 1 KRK.

²⁹⁹ WSK-Ausschuss, General Comment No. 14, Ziff. 25; vgl. auch WSK-Ausschuss, General Comment No. 6, Ziff. 34 und 35.

³⁰⁰ WSK-Ausschuss, General Comment No. 14, Ziff. 26; vgl. auch WSK-Ausschuss, General Comment No. 5, Ziff. 34.

³⁰¹ WSK-Ausschuss, General Comment No. 14, Ziff. 36.

Zu den *Kernverpflichtungen* von Art. 12 Pakt I zählen nach Ansicht des WSK-Ausschusses die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Zugangs zu bestehenden Gesundheitseinrichtungen, -gütern, -dienstleistungen und -informationen, insbesondere für schutzbedürftige und ausgrenzte Gruppen,³⁰² die Gewährleistung des Zuganges zu einem Mindestmass an ausgewogenen und sicheren elementaren Nahrungsmitteln und sicherem Trinkwasser sowie zu Unterkunft und Sanitäranlagen, die Bereitstellung von elementaren Arzneimitteln, die Sicherstellung einer gerechten Verteilung von medizinischen Einrichtungen und ärztlicher Betreuung sowie die Verabschiedung und Umsetzung einer nationalen Gesundheitsstrategie und eines Aktionsplans.³⁰³ Der WSK-Ausschuss erachtet diese Kernverpflichtungen als justiziabel.³⁰⁴

In der Schweiz werden Gewährleistungsansprüche, die teilweise über die Minimalverpflichtungen hinausreichen, wie folgt in justiziabler Form umgesetzt:

- Ansprüche aus der *obligatorischen Krankenversicherung*: Jede Person mit Wohnsitz in der Schweiz untersteht einem Krankenversicherungszwang.³⁰⁵ Da sich der Wohnsitz wie bei der AHV nach Art. 23-26 ZGB bestimmt und demnach insbesondere die Absicht des dauernden Aufenthaltes massgebend ist, müssen auch etwa Sans-Papiers mit dieser Absicht versichert sein.³⁰⁶ Eine ausdrückliche Versicherungspflicht gilt u.a. für Ausländer und Ausländerinnen mit einer mind. drei Monate geltenden Aufenthaltsbewilligung,³⁰⁷ Personen, welche ein Asylgesuch gestellt haben, Schutzbedürftige und vorläufig aufgenommene Personen.³⁰⁸ Obligatorisch krankenversichert sind zudem auch abgewiesene Asylsuchende.³⁰⁹

Jede versicherte Person ist im Rahmen dieser Versicherung zur Prämienzahlung verpflichtet.³¹⁰ Wie bereits erwähnt umfasst die Sozialhilfe in verschiedenen Kantonen die Deckung eines Teil- oder des Gesamtbetrages der Prämie.³¹¹ Dies gilt auch bei der Sozialhilfe für Personen im Asylbereich.³¹² Auch im Rahmen der Nothilfe besteht ein Anspruch auf Übernahme der Prämie für die Krankenversicherung, so z.B. ausdrücklich vorgesehen im Kanton Basel-Landschaft.³¹³ Versicherte, welche in bescheidenen Verhältnissen leben, erhalten von den Kantonen eine *individuelle Prämienverbilligung*.³¹⁴ Dieser Anspruch ist individuell durchsetz-

³⁰² Ein explizites Recht auf „auf Inanspruchnahme von Einrichtungen zur Behandlung von Krankheiten und zur Wiederherstellung der Gesundheit“ findet sich in Art. 24 Abs. 1 KRK.

³⁰³ WSK-Ausschuss, General Comment No. 14, Ziff. 43.

³⁰⁴ A.a.O., Ziff. 60.

³⁰⁵ Art. 117 BV i.V.m. Art. 3 Abs. 1 KVG.

³⁰⁶ Art. 13 ATSG, Art. 1 Abs. 1 KVV i.V.m. Art. 23-26 ZGB. Vgl. ACHERMANN/KÜNZLI, S. 292.

³⁰⁷ Art. 1 Abs. 2 lit. a KVV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 KVG.

³⁰⁸ Art. 1 Abs. 2 lit. c KVV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 KVG. Die Versicherungspflicht endet für Asylsuchende und Schutzbedürftige „am Tag, an dem diese Personen die Schweiz nachgewiesenermassen verlassen haben oder mit ihrem Tod“ (Art. 7 Abs. 5 KVV). Diverse Ausnahmen zur Versicherungspflicht sind in Art. 2 KVV vorgesehen.

³⁰⁹ Art. 92d KVV (i.V.m. 82a AsylG und 105a KVG). Siehe auch BGE 138 V 310, E. 4.4.

³¹⁰ Art. 61 ff. KVG und Art. 89 ff. KVV.

³¹¹ Siehe dazu vorne S. 43.

³¹² Z.B. AG: § 18b SHV-AG; BE: Art. 20 Abs. 1 Direktionsverordnung über die Bemessung der Sozialhilfeleistungen für Personen des Asylbereichs vom 29. April 2010, BSG 860.611.1; BL: § 11 i.V.m. 1 kAV (Anm. 167).

³¹³ BL: § 11 i.V.m. 1 kAV (Anm. 167). Vgl. auch BGE 138 V 310, E. 4.4.

³¹⁴ Art. 65 Abs. 1 KVG und Art. 106 KVV. Die Kantone bestimmen die Anspruchsvoraussetzungen und Höhe, wobei die aktuellsten Einkommens- und Familienverhältnisse zu berücksichtigen sind und die Kantone regelmässig über das Recht auf Prämienverbilligung zu informieren haben; Art. 106 Abs. 3 und 4 KVG. Die Ermittlung der Anspruchsberechtigung erfolgt in den Kantonen entweder automatisch aufgrund der Steuerdaten (AI, BE, GE, GL, JU, NE und OW, vgl. Experten-/Forschungsberichte zur Kranken- und Unfallversicherung: Monitoring 2010 – Wirksamkeit der Prämienverbilligung, April 2012, S. 20 f.), mittels individueller Benachrichtigung (a.a.O., AG, AR, BL, FR, GR, NW, SG, SH, SO, SZ, TG, TI, UR, VD, VS, ZG und ZH) oder auf Antrag (a.a.O.,

bar. Keinen Anspruch auf Prämienverbilligung haben Asylsuchende, Schutzbedürftige ohne Aufenthaltsbewilligung und vorläufig Aufgenommene, die ganz oder teilweise sozialhilfeabhängig sind.³¹⁵ Dasselbe gilt für vorläufig Aufgenommene, die ganz oder teilweise Sozialhilfe beziehen.³¹⁶

Die Krankenversicherung hat nach Massgabe der gesetzlichen Voraussetzungen Kosten für Leistungen³¹⁷ bei Krankheit,³¹⁸ Unfall³¹⁹ und Mutterschaft³²⁰ zu übernehmen und die Versicherten haben einen durchsetzbaren Anspruch auf die Leistungen.³²¹

- *Ansprüche aus der obligatorischen Unfallversicherung:* Die Unfallversicherung ist eine obligatorische Versicherung für Arbeitnehmende in der Schweiz.³²² Eine freiwillige Versicherung ist möglich.³²³ Ihre Finanzierung erfolgt über Prämien, von welchen der Arbeitgeber denjenigen Teil für Berufsunfälle und Berufskrankheiten sowie der Arbeitnehmende denjenigen für die Nichtbetriebsunfälle trägt.³²⁴ Die Unfallversicherung gewährt durchsetzbare Ansprüche auf Leistungsdeckung³²⁵ von Schäden im Falle eines Berufsunfalles,³²⁶ Nichtberufsunfalles³²⁷ und Berufskrankheiten.³²⁸
- *Recht auf medizinische Grundversorgung:* Ein Recht auf medizinische Versorgung ist im Rahmen des Anspruches auf Nothilfe und auf Sozialhilfe³²⁹ enthalten. So besteht im Falle einer Notlage im Rahmen der Nothilfe i.S.v. Art. 12 BV ein durchsetzbarer Anspruch auf eine grundlegende medizinische Versorgung.³³⁰ Auch gemäss der Sozialhilfegesetzgebung vieler Kantone gewährleistet die Existenzsicherung u.a. auch die medizinische Grundversorgung, womit bedürftigen Personen – sofern ein Anspruch auf Sozialhilfe besteht – auch ein An-

BS [einmaliger Antrag] und LU [individuelle Benachrichtigung der Personen, die in den letzten zwei Jahren ein Gesuch eingereicht haben]).

³¹⁵ Art. 82a Abs. 7 AsylG. Ihr Anspruch wird sistiert und lebt auf, wenn die betroffene Person als Flüchtling anerkannt wird, als Schutzbedürftige eine Aufenthaltsbewilligung erhält oder keine Sozialhilfe mehr bezieht.

³¹⁶ Art. 86 AuG i.V.m. Art. 82a Abs. 7 AsylG.

³¹⁷ Art. 24 i.V.m. 32 ff. KVG.

³¹⁸ Art. 25 ff. i.V.m. 1a Abs. 2 lit. a KVG und Art. 3 ATSG.

³¹⁹ Art. 28 i.V.m. 1a Abs. 2 lit. b KVG und Art. 3 ATSG. Die Kosten werden nur von der Krankenversicherung getragen, sofern keine Unfallversicherung dafür aufkommt.

³²⁰ Art. 29 f. i.V.m. 1a Abs. 2 lit. c KVG und Art. 5 ATSG.

³²¹ Art. 64 KVG und 103 ff. KVV. Die Versicherten haben sich nach den gesetzlich festgelegten Regeln an diesen Kosten zu beteiligen.

³²² Art. 117 BV i.V.m. Art. 1a Abs. 1 UVG und Art. 1 UVV. Zu den Ausnahmen zur Versicherungspflicht: Art. 1a Abs. 2 UVG und Art. 2 und 3 UVV.

³²³ Art. 4 und 5 UVG.

³²⁴ Art. 91 ff. UVG und Art. 113 ff. UVV.

³²⁵ Art. 6 i.V.m. 10 ff. UVG und Art. 15 ff. UVV. Die Leistungen können in Form von Sachleistungen (Pflegeleistungen und Kostenvergütungen) oder Geldleistungen (Taggeld, Invalidenrente, Integrationsentschädigung, Hilfflosenentschädigung und Hinterlassenenrente) erfolgen.

³²⁶ Art. 7 UVG und Art. 9 ff. UVV i.V.m. Art. 4 ATSG.

³²⁷ Art. 8 UVG und Art. 9 ff. UVV i.V.m. Art. 4 ATSG.

³²⁸ Art. 9 UVG und Art. 9 ff. UVV i.V.m. Art. 3 ATSG. Auch bei dieser Versicherung kann ein Anspruch auf Übernahme der Prämie bestehen, so z.B. vorgesehen im Kanton Basel-Landschaft für Asylsuchende, vorläufig Aufgenommene, Schutzbedürftige ohne Aufenthaltsbewilligung, Personen mit einer rechtskräftigen Wegweisungsverfügung und Personen, deren Asylverfahren mit einem rechtskräftigen Nichteintretensentscheid abgeschlossen worden ist; BL: § 11 i.V.m. 1 kAV (Anm. 167).

³²⁹ Siehe dazu vorne S. 42 f.

³³⁰ Vgl. auch etwa Art. 24 Abs. 1 KV-AR; Art. 29 Abs. 1 KV-BE; Art. 36 Abs. 1 KV-FR. Siehe auch z.B. MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, St. Galler Kommentar zu Art. 12 BV, Rz. 13, und COULLERY/MEYER, S. 88.

spruch auf medizinische Grundversorgung eingeräumt wird.³³¹ Ebenso wird Personen, welche Leistungen der Sozialhilfe beziehen, in verschiedenen Kantonen zusätzlich zur ordentlichen Prämienverbilligung ein gewisser Betrag zur Deckung der Krankenkassenprämie gewährleistet bzw. die materielle Unterstützung umfasst die obligatorische Versicherung.³³²

- *Anspruch auf ärztliche Betreuung?* Ein darüber hinausreichendes individuell durchsetzbares Grundrecht auf ärztliche Betreuung findet sich in der Schweizer Verfassung – ausserhalb des Haftkontexts³³³ – nicht. Das Bundesgericht hat indes verschiedentlich Andeutungen zur Existenz eines derartigen Grundrechts gemacht. In diesem Sinn hielt es im Jahr 2004 in einem obiter dictum fest, „dass dem Gemeinwesen das Schicksal von kranken Personen nicht gleichgültig sein kann. Die persönliche Freiheit, die die elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung sichern soll, kann für eine minimale Sorgepflicht ebenso herangezogen werden wie der Anspruch auf minimale Hilfe und Betreuung nach Art. 12 BV oder die Verpflichtung des Gemeinwesens zur Leistung der für die Gesundheit notwendigen Pflege gemäss Art. 41 Abs. 1 lit. b BV“.³³⁴ Bis heute scheint hingegen das Bundesgericht in einem konkreten Fall noch nie einen Anspruch auf Pflege über den Schutzbereich von Art. 12 BV hinaus anerkannt zu haben.³³⁵ In der Lehre wird aber trotzdem gelegentlich die Existenz eines derartigen Anspruchs postuliert,³³⁶ und auch gewisse Aussagen des Bundesrats in Berichten an UNO-Ausschüsse können einen solchen Eindruck erwecken.³³⁷

Der Bund besitzt im Bereich des Gesundheitswesens nur sektorielle Kompetenzen;³³⁸ insbesondere die Regelung der Patientenrechte verbleibt in kantonaler Kompetenz. Im Rahmen seiner Kompetenzen im Bereich der Krankenversicherung³³⁹ hat er jedoch in Art. 41a KVG eine *Aufnahmepflicht für Spitäler* statuiert, welche auf den kantonalen Spitallisten aufgeführt sind. Diese Pflicht gilt im Rahmen der Leistungsaufträge und Kapazitäten gegenüber allen versicherten Personen mit Wohnsitz im Standortkanton. Einige Kantone nehmen diese bundesgesetzliche Vorschrift nochmals ausdrücklich auf,³⁴⁰ während andere entsprechende ausführende Bestimmungen erlassen haben.³⁴¹ Für versicherte Patienten und Patientinnen mit

³³¹ AG: § 3 Abs. 1 SHV-AG; BL: § 6 Abs. 1 SHG-BL; FR: Art. 11 VO Richtsätze materielle Hilfe Sozialhilfegesetz (Anm. 167); GL: Art. 24 SHG-GL; GR: Art. 2 lit. c und d Ausführungsbestimmungen zum kantonalen Unterstützungsgesetz (Anm. 149); JU: Art. 9 Arrêté aide sociale (Anm. 273); OW: Art. 10 Abs. 2 SHV-OW; TG: § 2b Abs. 1 SHV-TG; ZH: § 15 Abs. 2 SHG-ZH.

³³² Z.B. BE: Art. 8h SHV-BE; BL: § 6 Abs. 1 SHG-BL; BS: Ziff. 10.6.1 Unterstützungsrichtlinien (Anm. 149); GE: Art. 4 SHV-GE; JU: Art. 8 Arrêté aide sociale (Anm. 273).

³³³ Siehe dazu vorne S. 43 f.

³³⁴ BGE 130 I 16, E. 5.2.

³³⁵ Siehe dazu auch Urteil des Bundesgerichts 2P.73/2005, E.2.2.

³³⁶ Siehe MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, St. Galler Kommentar zu Art. 41 BV, Rz. 42

³³⁷ So berichtete der Bundesrat dem Kinderrechtsausschuss: „Aus Art. 41 Kap. 1 lit. b BV geht hervor, dass Bund und Kantone sich (...) verpflichten, dass jedem die notwendige Gesundheitsversorgung zuteil wird“; Bericht der Schweiz an den Ausschuss für die Rechte des Kindes vom 1. Nov. 2000, Ziff. 404.

³³⁸ Siehe Art. 118 ff. BV.

³³⁹ Art. 117 BV.

³⁴⁰ Z.B. BE: Art. 49 Abs. 1 Spitalversorgungsgesetz (SpVG) vom 13. Juni 2013, BSG 812.11; LU: § 6 Abs. 1 Spitalgesetz vom 11. Sept. 2006, SRL 800a; AR: Art. 51 Abs. 2 lit. a GesG vom 25. Nov. 2007, bGS 811.1; SH: § 3 Abs. 1 Verordnung zum Spitalgesetz (Spitalverordnung) vom 26. März 2013, SHR 813.101; SO: § 5 Abs. 1 Spitalgesetz (SpiG) vom 12. Mai 2004, BGS-SO 817.11.

³⁴¹ Z.B. JU: Art. 40 Abs. 2 Loi sur les établissements hospitaliers vom 26. Okt. 2011, RSJU 810.11 (nur Verweis auf KVG); VS: Art. 2 ff. Dekret betreffend die Spitalfinanzierung, SGS-VS 800.19; ZG: § 28 Abs. 3 Gesetz über das Gesundheitswesen im Kanton Zug (GesG), BGS-ZG 821.1; ZH: § 38 Abs. 2 GesG vom 2. April 2007, LS 810.1. Der Kanton Thurgau bezieht sich dabei z.B. nicht nur auf eine *Aufnahmepflicht* für die Thurgauer Wohnbevölkerung, sondern auch eine *Behandlungspflicht*; § 31 Gesetz über die Krankenversicherung

Wohnort in einem anderen Kanton besteht – ausser in Notfällen – nur eine Aufnahmepflicht, wenn ein entsprechendes Abkommen dies vorsieht.³⁴²

In der kantonalen Gesundheitsgesetzgebung finden sich zudem ausdrückliche Regelungen, wonach die Spitäler verpflichtet sind, Nothilfe zu leisten bzw. Notfälle ungeachtet des Wohnsitzes aufzunehmen.³⁴³ Der Kanton Bern führt hierzu aus: „Diese Pflichten sind diskriminierungsfrei zu erfüllen. Sie bestehen insbesondere unabhängig von Alter, Geschlecht, Herkunft oder Versicherungsstatus der Patientinnen und Patienten.“³⁴⁴ Und der Kanton St. Gallen bestimmt etwa: „Spitäler auf der Spitalliste des Kantons müssen im Rahmen ihrer Leistungsaufträge und ihrer Kapazitäten über die Nothilfe hinaus Personen aufnehmen, deren Behandlung unaufschiebbar ist.“³⁴⁵

Aus dieser Aufnahmepflicht kann damit wenigstens für die Wohnbevölkerung des Kantons ein korrespondierendes individuell durchsetzbares *Recht auf Aufnahme und auf medizinische Behandlung* abgeleitet werden.³⁴⁶ Dieses Recht wird in der Gesetzgebung verschiedener Kantone explizit verdeutlicht:

So hat denn auch der Kanton Luzern eine Beschwerdestelle eingerichtet, welche Beschwerden von Patienten und Patientinnen behandelt, denen die Aufnahme in ein Listenspital des Kantons verweigert wurde.³⁴⁷ Die Gutheissung der Beschwerde kann immerhin die Anordnung einer Sanktion nach sich ziehen.³⁴⁸ Der Kanton Wallis etwa räumt indes ausdrücklich jedermann ein Recht auf Aufnahme in einer gemeinnützigen Krankenanstalt ein.³⁴⁹ Das kantonale Recht gewährt weiter in Gesundheits- und Spitalgesetzen teilweise explizit *allgemeine Rechte von Patientinnen und Patienten auf Behandlung und Pflege*. So hält etwa das Gesundheitsgesetz von Appenzell Ausserrhoden³⁵⁰ fest, Patientinnen und Patienten hätten ei-

vom 25. Okt. 1995, RB-TG 832.1, i.V.m. § 54 VO des Regierungsrates zum Gesetz über die Krankenversicherung vom 20. Dez. 2011, RB-TG 832.10.

³⁴² Art. 41a Abs. 2 KVG; auch etwa AR: Art. 51 Abs. 2 lit. b GesG (Anm. 340); LU: § 6 Abs. 2 SpitalG (Anm. 340). Der Kanton Obwalden hat etwa mit der Privatklinik Meiringen im Kanton Bern eine entsprechende Vereinbarung getroffen, so dass dieses Spital auch auf seiner Spitalliste aufgeführt ist (siehe Kantonsratsbeschluss über die Vereinbarung betreffend die Behandlung von Patientinnen und Patienten aus dem Kanton Obwalden in der Privaten Nervenklinik Meiringen vom 17. Dez. 1993, GDB 833.13, und die entsprechende Vereinbarung über die Aufnahme und Behandlung von Patientinnen und Patienten aus dem Kanton Obwalden in der Privatklinik Meiringen vom 29. Nov. 2011).

³⁴³ Z.B. AI: Art. 27 Gesundheitsgesetz vom 26. April 1998, GS 800.000 („Die Einrichtungen der Gesundheitsversorgung sind zur Aufnahme von Patienten verpflichtet, deren Behandlung unaufschiebbar ist.“); AR: Art. 51 Abs. 1 GesG (Anm. 340); BE: Art. 49 Abs. 2 SpVG (Anm. 343); FR: Art. 6 Gesetz über das Freiburger Spital vom 27. Juni 2006, BDLF 822.0.1 (Pflicht, „jederzeit alle kranken, verletzten oder behinderten Personen und schwangeren Frauen, die der Betreuung bedürfen, aufzunehmen, ärztlich zu untersuchen und wenn nötig zu behandeln“); LU: § 6 des Reglements über die Rechte und Pflichten der Patientinnen und Patienten des Luzerner Kantonsspitals vom 20. Nov. 2007, SRL 820b; SG: Art. 33 Abs. 1 GesG vom 28. Juni 1979, sGS 311.1; SO: § 5 Abs. 1 SpiG (Anm. 340); SZ: § 7 Spitalgesetz vom 22. Okt. 2003, SRSZ 574.110 (Spitäler mit Leistungsvereinbarung sind verpflichtet, Notfälle aufzunehmen).

³⁴⁴ BE: Art. 49 Abs. 3 SpVG (Anm. 343).

³⁴⁵ SG: Art. 33 Abs. 1 GesG (Anm. 343).

³⁴⁶ Vgl. COULLERY/MEYER, S. 697 f.

³⁴⁷ LU: §§ 2 ff. VO zum Spitalgesetz vom 22. Nov. 2011 (SpitalV), SRL Nr. 800b, i.V.m. § 6 Abs. 4 SpitalG (Anm. 340).

³⁴⁸ LU: § 6 SpitalV (Anm. 347) i.V.m. § 6a SpitalG (Anm. 340).

³⁴⁹ VS: Art. 35 Abs. 1 GesG vom 14. Feb. 2008, SGS-VS 800.1. Ähnlich: VD: Art. 20 GesG vom 29. Mai 1985, RSV 800.01 (Anspruch auf Aufnahme in Gesundheitsinstitution nach freier Wahl).

³⁵⁰ AR: Art. 22 Abs. 1 GesG (Anm. 340). Ähnlich FR: Art. 44 GesG vom 16. Nov. 1999, BDLF 821.0.1; NE: Art. 21 Abs. 1 GesG vom 6. Feb. 1995, LDCN 800.1 („Chacun reçoit les soins que son état de santé requiert, dans le respect de sa dignité humaine“).

nen „Anspruch auf Beratung und Untersuchung, Behandlung und Pflege nach medizinischen Grundsätzen und, wenn möglich, in ihrer gewohnten Umgebung“ und ihre persönliche Freiheit und Privatsphäre sei zu respektieren. Der Kanton Genf führt in seiner Gesundheitsgesetzgebung³⁵¹ Folgendes aus: „Toute personne a droit aux soins qu'exige son état de santé à toutes les étapes de la vie, dans le respect de sa dignité et, dans la mesure du possible, dans son cadre de vie habituel“. Art. 40 des Spitalgesetzes des Kantons Jura³⁵² bestimmt: „Le droit aux soins est garanti. Les prestations de soins sont fournies dans la mesure du possible“. Auch der Kanton Wallis anerkennt, dass jeder „ungeachtet seiner wirtschaftlichen und sozialen Situation und unter Wahrung seiner Würde, Anspruch auf die seinem Gesundheitszustand entsprechende Behandlung“ hat.³⁵³ Der Kanton Schaffhausen präzisiert, jede Person habe „unabhängig von ihrer wirtschaftlichen und sozialen Lage im Rahmen des Leistungsangebots und der betrieblichen Möglichkeiten des betreffenden Leistungsanbieters Anspruch a) auf jene Behandlung, die aufgrund des Gesundheitszustandes nach den anerkannten medizinischen Grundsätzen angezeigt, verhältnismässig und ethisch vertretbar ist, unter Einschluss einer bedarfsgerechten palliativen Pflege in der letzten Lebensphase, b) auf angemessene, die Menschenwürde und das Selbstbestimmungsrecht achtende Information, Beratung, Betreuung und Fürsorge, [und] c) auf Rücksichtnahme und Schutz der Persönlichkeit“. Falls eine medizinisch indizierte Leistung mit dem verfügbaren Behandlungsangebot nicht erbracht werden kann, ist die zu behandelnde Person in eine geeignete Behandlungsinstitution zu verlegen.³⁵⁴ Teilweise finden sich entsprechende Garantien auch in kantonalen Verfassungen.³⁵⁵

4. Beurteilung

Die bundesrechtlich vorgegebene Aufnahmepflicht von Spitälern, die in der kantonalen Gesetzgebung weitgehend anerkannte Aufnahme- und Behandlungspflichten öffentlicher Spitäler und die partiell verankerten Rechte auf medizinische Behandlung bewirken in Kombination mit dem Anspruch grundsätzlich aller in der Schweiz wohnhaften Personen auf Leistungen aus der obligatorischen Krankenversicherung, dass in der Schweiz von einem individuellen Anspruch auf diskriminierungsfreie Inanspruchnahme der bestehenden Gesundheitsinfrastruktur ausgegangen werden kann. Inhaltlich gar über die Minimalverpflichtungen von Art. 12 Pakt I hinausreichende Gewährleistungspflichten werden damit als justiziabel anerkannt. Die gleiche Schlussfolgerung kann für die aus diesem Recht fliessenden Unterlassungspflichten gezogen werden, da diese materiell weitgehend auch durch Schutzbereiche klar justiziabler bürgerlicher und politischer Menschenrechte abgedeckt werden.

³⁵¹ GE: Art. 42 Loi sur la santé vom 7. April 2006, RSG K 1 03.

³⁵² JU: Art. 40 Abs. 1 GesG (Anm. 341).

³⁵³ VS: Art. 17 Abs. 1 GesG (Anm. 349).

³⁵⁴ SH: Art. 36 GesG vom 21. Mai 2012, SHR 810.100.

³⁵⁵ So müssen laut Art. 65 Abs. 2 lit. b KV-VD der Kanton und die Gemeinden „allen einen gleichen und gerechten Zugang zu einer qualitativ hochstehenden Pflege sowie zu den Informationen, die zum Schutz der Gesundheit notwendig sind, sicherstellen“. Art. 68 Abs. 1 KV-FR hält fest, der Staat habe dafür zu sorgen, dass „jeder Person die gleichen Pflegeleistungen zugänglich sind“. Nach § 26 KV-BS gewährleistet der Staat eine „allen zugängliche medizinische Versorgung“.

XIII. RECHT AUF BILDUNG (ART. 13 UND 14 PAKT I)

Gemäss dem in der Doppelgarantie von Art. 13 f. Pakt I verankerten Recht auf Bildung „erkennen die Staaten das Recht eines jeden auf Bildung an“. Zu diesem Zweck erkennen sie unter anderem an, „dass im Hinblick auf die volle Verwirklichung dieses Rechts der Grundschulunterricht für jedermann Pflicht und allen unentgeltlich zugänglich sein muss“,³⁵⁶ dass eine höhere Schulbildung und der Hochschulunterricht auf „jede geeignete Weise, insbesondere durch allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit, allgemein verfügbar“ und „jedermann entsprechend seinen Fähigkeiten zugänglich gemacht werden muss“,³⁵⁷ und dass ein angemessenes Stipendiensystem eingerichtet wird.³⁵⁸ Ferner verpflichten sich die Staaten, „die Freiheit der Eltern (...) zu achten, für ihre Kinder andere als öffentliche Schulen zu wählen“. ³⁵⁹ Schliesslich anerkennt diese Garantie auch die „Freiheit natürlicher oder juristischer Personen (...) Bildungseinrichtungen zu schaffen und zu leiten“. ³⁶⁰ In seinen Abschliessenden Bemerkungen zum Bericht der Schweiz vertrat der Ausschuss für WSK-Rechte die Meinung, Art. 13 Pakt I sei insgesamt besonders zur direkten Anwendbarkeit geeignet.³⁶¹

1. Unterlassungspflichten

Als Ausnahme unter den Paktgarantien nennt bereits der Wortlaut von Art. 13 Pakt I die wichtigsten aus dieser Garantie fliessenden Unterlassungspflichten, d.h. die Privatschulfreiheit und die Freiheit, Privatschulen zu gründen und zu leiten.³⁶²

- Die Bundesverfassung führt die *Privatschulfreiheit* in ihrem Grundrechtekatalog nicht explizit auf. Sie statuiert aber auch kein staatliches Monopol im Bereich des Grundschulunterrichts.³⁶³ Gemäss Art. 62 Abs. 2 Satz 2 BV untersteht der Grundschulunterricht nämlich der „staatlichen Leitung und Aufsicht“, was impliziert, dass Kinder – auf eigene resp. auf Kosten der Eltern – auch Privatschulen besuchen dürfen.³⁶⁴ Im Unterschied zur Bundesregelung ge-

³⁵⁶ Art. 13 Abs. 2 lit. a Pakt I.

³⁵⁷ Art. 13 Abs. 2 lit. b und c Pakt I.

³⁵⁸ Art. 13 Abs. 2 lit. e Pakt I.

³⁵⁹ Art. 13 Abs. 3 Pakt I.

³⁶⁰ Art. 13 Abs. 3 Pakt I. Der für die Schweiz kaum relevante Art. 14 Pakt I verpflichtet die Staaten ferner, binnen zwei Jahren nach Ratifikation dieses Vertrages einen Aktionsplan zur Einführung des Rechts auf einen unentgeltlichen Grundschulunterricht zu verabschieden.

³⁶¹ WSK-Ausschuss, Concluding observations Switzerland 1998, Ziff. 10: „The Committee does not share the view of the Swiss authorities and recalls that in its General Comment No. 3 of 1990 on the nature of States parties' obligations under article 2 of the Covenant, it refers to a number of provisions in the Covenant, such as those of article 8 on the right to strike and those of article 13 on the right to education, which seem to be capable of immediate application within the judicial system“.

³⁶² WSK-Ausschuss, General Comment No. 3, Ziff. 57.

³⁶³ MÜLLER/SCHÉFER, S. 794.

³⁶⁴ So auch KIENER/KÄLIN, S. 466.

währen etliche Kantonsverfassungen die Freiheit, private Schulen besuchen zu dürfen.³⁶⁵ Dies sieht auch ein Grossteil der kantonalen Schulgesetze vor.³⁶⁶

- Das Recht *Privatschulen zu gründen oder zu leiten* wird auf Bundesebene grundsätzlich durch die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV in justiziabler Weise geschützt. Etliche Kantonsverfassungen anerkennen die Freiheit zur Gründung und Führung von Bildungseinrichtungen mehr oder weniger explizit in ihren Grundrechtskatalogen.³⁶⁷ Ferner erlaubt eine grosse Mehrheit der kantonalen Schulgesetze das Führen einer Privatschule. Obwohl diese Tätigkeit einer Bewilligungspflicht³⁶⁸ unterstellt wird, wird damit ein individuell durchsetzbarer Anspruch auf diese wirtschaftliche Tätigkeit anerkannt.

2. Schutzpflichten

Aus dem Recht auf Bildung von Art. 13 Pakt I fließende Schutzpflichten sind im Kontext der Schweiz angesichts der Tatsache der überragenden Bedeutung der öffentlichen Schule von vergleichsweise geringer Bedeutung. Sie halten aber die Vertragsstaaten des Pakts I an, Massnahmen zu ergreifen, um Dritte daran zu hindern, den Genuss des Rechts auf Bildung einzuschränken. Dazu gehören der staatliche Schutz vor diskriminierenden Bildungseinrichtungen sowie der Schutz von Schülerinnen und Schülern vor menschenunwürdigen Lehrmethoden und Disziplinierungsmassnahmen an Privatschulen.

In der Schweiz besteht nicht nur ein Recht auf unentgeltlichen Grundschulunterricht;³⁶⁹ vielmehr ist dieser gemäss Art. 62 Abs. 2 BV³⁷⁰ obligatorisch. Folglich untersteht der Staat einer Pflicht, gegen Eltern vorzugehen, die sich weigern, ihr Kind die Schule besuchen zu lassen. Wie überdies der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte festgehalten hat, unterstehen Vertragsstaaten einer aus Art. 3 EMRK fließenden Verpflichtung, gegen menschenunwürdige Lehrmethoden und Disziplinarmassnahmen vorzugehen.³⁷¹

³⁶⁵ Art. 37 Abs. 1 KV-AR; § 11 Abs. 1 lit. o KV-BS; Art. 30 KV-GE (Unterrichtsfreiheit); Art. 11 KV-GL (Unterrichtsfreiheit); Art. 8 lit. h KV-JU (Freiheit des Lernens); Art. 28 KV-OW; Art. 3 lit. a KV-SG; Art. 12 Abs. 1 lit. f KV-SH (Unterrichtsfreiheit); Art. 8 Abs. 2 lit. m KV-TI; Art. 39 KV-UR; Art. 36 KV-VD (Unterrichtsfreiheit); Art. 15 KV-ZH.

³⁶⁶ § 4 Abs. 4 SchulG-AG; Art. 3 Abs. 3 SchulG-AR; Art. 13 Abs. 1 SchulG-AI; Art. 64 SchulG-BE; Art. 4 Abs. 1 SchulG-FR; Art. 14 Abs. 1 SchulG-GE; Art. 7 Abs. 1 SchulG-GL; Art. 17 Abs. 1 SchulG-GR; Art. 6 Abs. 2 SchulG-JU; § 11 Abs. 1 lit. b SchulG-LU; Art. 51 Abs. 1 SchulG-SG; § 20 Abs. 1 SchulG-SO; § 69 Abs. 1 SchulG-SZ; § 26 Abs. 1 SchulG-TG.

³⁶⁷ Art. 13 Abs. 1 KV-AR (Freiheit der Lehre); Art. 21 Abs. 1 KV-BE (Freiheit der Lehre); § 11 Abs. 1 lit. o KV-BS; Art. 30 KV-GE (Unterrichtsfreiheit); Art. 11 und 36 Abs. 1 KV-GL; Art. 38 Abs. 1 KV-JU; Art. 20 Abs. 3 KV-NW; Art. 28 KV-OW; Art. 3 lit. a KV-SG; Art. 39 KV-UR; Art. 36 KV-VD; § 4 Abs. 2 KV-ZG; Art. 15 KV-ZH. Art. 199 KV-GE bestimmt zudem: „Les établissements privés contribuent à l'offre de formation. La loi en règle l'autorisation et la surveillance“.

³⁶⁸ Art. 6 Abs. 1 SchulG-AR; Art. 13 Abs. 3 SchulG-AI; Art. 65 SchulG-BE; § 19 Abs. 1 SchulG-BL; § 130 Abs. 1 SchulG-BS; Art. 14a Abs. 1 SchulG-GE; Art. 6 Abs. 1 SchulG-GL; Art. 3 Abs. 1 SchulG-GR; Art. 73 Abs. 1 SchulG-NW; Art. 7 Abs. 1 SchulG-NE; Art. 37 Abs. 1 SchulG-OW; Art. 15 SchulG-SH; § 69 Abs. 1 SchulG-SZ; § 27 Abs. 1 SchulG-TG; Art. 6 Abs. 1 SchulG-UR; Art. 19 SchulG-VS; § 74 Abs. 1 SchulG-ZG; § 68 Abs. 1 SchulG-ZH.

³⁶⁹ Art. 19 BV; siehe dazu gleich anschliessend S. 55.

³⁷⁰ Dieser Grundsatz wird auch in allen kantonalen Schulgesetzen festgeschrieben.

³⁷¹ Siehe EGMR, *Tyrer v. The United Kingdom*, 5856/72.

3. Minimalverpflichtungen

3.1. Recht auf unentgeltlichen Grundschulunterricht

Der zentralste Gehalt des Rechts auf Bildung ist der Anspruch auf Grundschulunterricht. Laut Art. 13 Abs. 2 lit. a Pakt I müssen die Vertragsstaaten anerkennen, dass „der Grundschulunterricht für jedermann Pflicht und allen unentgeltlich zugänglich sein muss“. Art. 14 Pakt I verpflichtet die Vertragsstaaten binnen zwei Jahren einen Aktionsplan zur Umsetzung der Grundschulpflicht auf der Grundlage der Unentgeltlichkeit auszuarbeiten, welcher die Verwirklichung innerhalb einer festgelegten Anzahl Jahre vorsieht. Obwohl auch die Formulierung von Art. 14 auf eine schrittweise Verwirklichung der Zielsetzung hinweist, hat der Ausschuss für WSK-Rechte aufgrund der überragenden Bedeutung des Grundschulunterrichts festgehalten, dass es sich dabei um eine Kernverpflichtung der Vertragsstaaten handelt, die auf einem bestimmten Mindestniveau gewährleistet werden muss.³⁷² Das Recht auf unentgeltlichen Grundschulunterricht wird demnach vom Ausschuss für WSK-Rechte als unmittelbar anwendbar für die Vertragsstaaten erachtet.³⁷³

Art. 19 BV verankert einen verfassungsrechtlichen Individualanspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht.³⁷⁴ Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird durch Art. 19 BV ein Recht auf einen kostenlosen Grundschulunterricht in öffentlichen Schulen während mindestens neun Jahren, der den individuellen Fähigkeiten und der Entwicklung der Persönlichkeit des Kindes entspricht, gewährleistet.³⁷⁵ Art. 19 wird als verletzt betrachtet, „wenn die Ausbildung des Kindes in einem Masse eingeschränkt wird, dass die Chancengleichheit nicht mehr gewahrt ist bzw. wenn es Lehrinhalte nicht vermittelt erhält, die in der hiesigen Wertordnung als unverzichtbar gelten“. ³⁷⁶ Wiederholt wird das Grundschulobligatorium sowie die Unentgeltlichkeit in Art. 62 Abs. 2 BV, welcher das Schulwesen den Kantonen zuweist.

Die meisten³⁷⁷ kantonalen Verfassungen verankern – allerdings in unterschiedlicher Weise – ein *Recht auf Bildung* aller sich im entsprechenden Kanton aufhaltenden Kinder und Jugendlicher.³⁷⁸ Rund die Hälfte der Kantonsverfassungen wiederholt dabei das Grundschulobligatorium.³⁷⁹ Die grosse Mehrheit der Kantonsverfassungen sieht dabei den Anspruch auf Unentgeltlichkeit des

³⁷² WSK-Ausschuss, General Comment No. 3, Ziff. 10 und 57.

³⁷³ A.a.O., Ziff. 5.

³⁷⁴ BGE 129 I 12, E. 4.2.; BGE 129 I 35, E. 7.2.

³⁷⁵ Urteil des Bundesgerichts 2P. 276/2005 vom 7. Mai 2007; BGE 129 I 12, E. 4. Umstritten ist dagegen in der Lehre, ob darin auch das Untergymnasium eingeschlossen ist. Siehe dazu etwa MÜLLER/SCHEFER, S. 787 f.

³⁷⁶ BGE 129 I 35, E. 7.3.

³⁷⁷ Keine Bestimmung zu dieser Thematik enthält etwa die KV-LU. Auch die KV-OW verankert kein Recht auf Grundschulunterricht und hält in Art. 27 fest, die „öffentlichen Schulen sind in vaterländischem und christlichem Geiste zu führen“; ebenso Art. 14 Abs. 3 KV-NW.

³⁷⁸ Die Verknüpfung des Rechts auf und der Pflicht zum Besuch öffentlicher Schulen mit dem Aufenthalt des Kindes oder Jugendlichen im entsprechenden Kanton erfolgt oft auf Gesetzesstufe. Siehe etwa § 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 SchulG-AG; Art. 20 SchulG-AR; Art. 7 Abs. 1 SchulG-BE; Art. 16 SchulG-GR; Art. 4 Abs. 1 SchulG-NW; Art. 56 SchulG-OW; Art. 25 Abs. 1 SchulG-UR; § 4 Abs. 1 SchulG-SZ; § 3 Abs. 1 SchulG-ZH. Andere Kantone gewähren dieses Recht „allen Kindern“ (z.B. Art. 18 Abs. 1 und 2 SchulG-AI), allen Kindern, unabhängig von ihrem Status (Art. 6 Abs. 1 SchulG-JU) oder allen „bildungsfähigen Kindern“ (§ 5 Abs. 1 SchulG-ZG). Siehe dazu die detaillierte Zusammenstellung in WINTSCH, S. 193 ff. Im Kanton BL sieht das SchulG sogar einen Anspruch für die Sekundarstufe II vor.

³⁷⁹ Art. 12 Abs. 2 KV-AI; Art. 24 Abs. 2 KV-AR; § 95 Abs. 1 KV-BL; § 19 Abs. 1 KV-BS; Art. 64 Abs. 1 KV-FR; Art. 35 Abs. 1 KV-GL; Art. 14 Abs. 1 KV-NW; Art. 15 Abs. 2 KV-SH; Art. 104 Abs. 3 KV-SO; § 70 Abs. 2 KV-TG; Art. 34 KV-UR; Art. 46 KV-VD; Art. 13 Abs. 3 KV-VS. Der Kanton Schwyz verweist allgemein auf die Bundesverfassung; § 10 KV-SZ.

Grundschulunterrichts³⁸⁰ resp. den Anspruch auf eine den Fähigkeiten der schulpflichtigen Kinder und Jugendlichen entsprechende Bildung³⁸¹ vor. Der Anspruch auf eine der Fähigkeit entsprechende Bildung ist auch in gewissen kantonalen Schulgesetzen enthalten.³⁸² Den Grundsatz der Unentgeltlichkeit der Grundschule anerkennen alle Schulgesetze.³⁸³ Die Unentgeltlichkeit beinhaltet laut der grossen Mehrheit der kantonalen Schulgesetze auch die unentgeltliche Abgabe der Lehrmittel.³⁸⁴ Einige kantonale Schulgesetze stipuliert zudem einen Anspruch auf Übernahme der Transportkosten bei unzumutbaren³⁸⁵ oder besonders gefährlichen oder langen Schulwegen.³⁸⁶ Noch weiter gehen etwa die Kantone Solothurn und Wallis, die unter Umständen auch ein Recht auf unentgeltliche auswärtige Unterkunft oder Verpflegung vorsehen.³⁸⁷

3.2. Chancengleichheit in der Grundschulbildung

Der Ausschuss für WSK-Rechte betont regelmässig, der Grundschulunterricht habe die grundlegenden Bedürfnisse aller Kinder zu berücksichtigen und müsse zum Ziel haben, die effektive Teilnahme aller Personen am gesellschaftlichen Leben zu ermöglichen.³⁸⁸ Um dieses Ziel zu erreichen stelle eine gezielte temporäre Förderung von Angehörigen benachteiligter Gruppen keine Verletzung des Diskriminierungsverbots dar.³⁸⁹ Damit wird die zentrale Bedeutung des Prinzips der Chancengleichheit für die effektive Umsetzung der Vorgaben des Rechts auf Bildung deutlich.

Auch das Prinzip der Chancengleichheit, das sich letztlich bereits aus der in Art. 8 Abs. 1 BV verankerten Verpflichtung ergibt, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln,³⁹⁰ wird im schweizerischen Bildungsrecht regelmässig in justizabler Weise aufgenommen:

- Laut Art. 20 des Behindertengleichstellungsgesetzes sorgen die Kantone dafür, dass *Kinder und Jugendliche mit einer Behinderung* eine Grundschulung erhalten, die ihren besonderen Bedürfnissen angepasst ist. Eine grosse Mehrheit der kantonalen Schulgesetze kennt daher

³⁸⁰ Art. 12 Abs. 2 KV-AI; Art. 24 Abs. 2 AR; Art. 29 Abs. 2 KV-BE; § 19 Abs. 2 KV-BS; Art. 18 KV-FR; Art. 34 Abs. 3 KV-JU; Art. 14 Abs. 2 KV-NE; Art. 14 Abs. 2 KV-NW; Art. 15 Abs. 2 KV-SH; Art. 13 Abs. 2 KV-TI; Art. 34 KV-UR; Art. 36 Abs. 1 KV-VD; Art. 13 Abs. 2 KV-VS.

³⁸¹ § 28 KV-AG; Art. 29 Abs. 2 KV-BE; Art. 64 Abs. 1 KV-FR; Art. 104 KV-SO; § 18 Abs. 3 KV-BS; Art. 15 Abs. 1 KV-SH; Art. 24 Abs. 2 KV-AR; Art. 13 Abs. 2 KV-TI; Art. 36 Abs. 2 KV-VD.

³⁸² § 3 Abs. 1 SchulG-AG; § 4 Abs. 1 SchulG-BL; Art. 33 Abs. 1 SchulG-FR; Art. 9 SchulG-GE; Art. 41 Abs. 1 SchulG-GL; Art. 75 Abs. 1 SchulG-JU; § 30 SchulG-TG; § 22 Abs. 1 SchulG-ZG.

³⁸³ § 3 Abs. 3 SchulG-AG; Art. 21 SchulG-AI; Art. 21 Abs. 1 SchulG-AR; Art. 13 Abs. 1 SchulG-BE; § 9 Abs. 1 SchulG-BL; § 75 Abs. 1 SchulG-BS; Art. 6 Abs. 1 SchulG-FR; Art. 11 Abs. 1 SchulG-GL; Art. 5 SchulG-GR; Art. 8 Abs. 1 SchulG-JU; § 60 Abs. 1 SchulG-LU; Art. 5 Abs. 1 SchulG-NW; Art. 4 SchulG-NE; Art. 57 Abs. 1 SchulG-OW; Art. 10 Abs. 1 SchulG-SH; § 7 Abs. 1 SchulG-SO; § 8 Abs. 1 SchulG-SZ; § 1 Abs. 2 SchulG-TG; Art. 7 Abs. 1 SchulG-TI; Art. 26 Abs. 1 SchulG-UR; Art. 8 Abs. 1 SchulG-VD; Art. 11 SchulG-VS; § 18 Abs. 1 SchulG-ZG; § 11 Abs. 1 SchulG-ZH.

³⁸⁴ § 16 Abs. 1 SchulG-AG; § 9 Abs. 1 lit. c SchulG-BL; § 75 Abs. 2 SchulG-BS; Art. 6 Abs. 3 SchulG-FR; Art. 22 Abs. 2 SchulG-GE; Art. 11 Abs. 1 SchulG-GL; Art. 8 Abs. 3 SchulG-JU; § 60 Abs. 1 SchulG-LU; Art. 5 Abs. 3 SchulG-NW; Art. 50 lit. i SchulG-OW; Art. 22 Abs. 2 SchulG-SG; Art. 24 Abs. 1 SchulG-SH; § 7 Abs. 1 SchulG-SO; § 33 Abs. 1 SchulG-TG (inkl. Verbrauchsmaterial); § 10 Abs. 2 SchulG-ZH (inkl. Schulmaterial).

³⁸⁵ Art. 36a Abs. 1 SchulG-LU; Art. 5 Abs. 2 SchulG-NW; Art. 20 Abs. 1 SchulG-SG; Art. 48 Abs. 2 SchulG-GR; Art. 40 SchulG-UR.

³⁸⁶ Art. 6 Abs. 2 SchulG-FR; Art. 8 Abs. 2 SchulG-JU.

³⁸⁷ § 48 Abs. 1 SchulG-SO; Art. 12 SchulG-VS.

³⁸⁸ WSK-Ausschuss, General Comment No. 13, Ziff. 4, 6 und 9. Siehe auch General Comment No. 11, Ziff. 6.

³⁸⁹ WSK-Ausschuss, General Comment No. 13, Ziff. 32.

³⁹⁰ So spezifisch für den Schulbereich RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 8, Rz. 33.

einen Anspruch auf Sonderschulung für Personen mit Behinderungen.³⁹¹ Vermehrt wird auch ein Anspruch auf integrative Schulbildung für Personen mit Behinderungen anerkannt.³⁹² Zudem besteht seit 2007 eine Interkantonale Vereinbarung über die Zusammenarbeit im Bereich der Sonderpädagogik mit fünfzehn Kantonen.³⁹³ Nach Art. 3 dieses Konkordates haben in der Schweiz wohnhafte Kinder und Jugendliche unter gewissen Voraussetzungen ab Geburt bis zum vollendeten 20. Lebensjahr Anspruch auf sonderpädagogische Massnahmen.³⁹⁴ Für den Bereich der Sonderpädagogik gilt der Grundsatz der Unentgeltlichkeit.³⁹⁵

- Von besonderer Bedeutung ist das Prinzip der Chancengleichheit im Bereich der Grundschule auch für *fremdsprachige Kinder*.³⁹⁶ Dieses Gebot wird in verschiedenen kantonalen Erlassen in sehr unterschiedlicher Art anerkannt, weshalb die Umsetzung dieser Verpflichtung vergleichsweise ausführlich dargestellt werden soll.

Gemäss der Bildungsgesetzgebung verschiedener Innerschweizer Kantone dürfen Schüler und Schülerinnen auf Grund ihrer Herkunft nicht benachteiligt werden: Die entsprechenden Normen verbieten es grundsätzlich, Schülerinnen und Schüler gestützt unter anderem auf dieses Unterscheidungsmerkmal getrennt zu unterrichten.³⁹⁷ Der Kanton Schwyz statuiert den Grundsatz, dass die Schule ohne Rücksicht unter anderem auf die Herkunft allen Kindern und Jugendlichen die gleichen Bildungschancen gewährleistet.³⁹⁸ Noch spezifischer, allerdings nur auf Stufe einer Verwaltungsverordnung, äussert sich das st. gallische Recht zu dieser Frage: Gemäss diesem haben „Kinder mit Migrationshintergrund gleiche Rechte und Pflichten wie Deutsch sprechende Kinder. Sie sollen vor rassistischer, religiöser oder jeden anderen Art von Diskriminierung bewahrt und im Geist des Verstehens, der Toleranz, des Friedens und der Freundschaft zwischen den Völkern erzogen werden“.³⁹⁹

Die meisten Schulgesetze kennen zudem explizite Regelungen auf Erlassstufe zur *Förderung der Sprachkenntnisse* fremdsprachiger Kinder während der obligatorischen Schulzeit.⁴⁰⁰ In einigen kantonalen Schulgesetzen wird *Schülerinnen und Schülern, deren Erstsprache nicht die lokale Amtssprache bzw. die Unterrichtssprache ist*, ein Anspruch auf Stütz- oder Intensivkurse von unterschiedlicher Dauer eingeräumt.⁴⁰¹ Während der Schulzeit *aus einem fremdsprachigen Land oder Gebiet eingereiste Schülerinnen und Schüler* haben hingegen ei-

³⁹¹ Art. 12 Abs. 1 SchulG-AI; Art. 12 Abs. 1 SchulG-AR; § 4 Abs. 3 SchulG-BL; § 64 Abs. 1 SchulG-BS; Art. 20c Abs. 1 SchulG-FR; Art. 4a Abs. 2 SchulG-GE; Art. 25 Abs. 1 SchulG-GL; § 7 Abs. 3 SchulG-LU; Art. 65 Abs. 1 SchulG-NW; Art. 37 Abs. 1 SchulG-SG; Art. 52 SchulG-SH; § 37 SchulG-SO; § 17 SchulG-SZ; § 43 Abs. 1 SchulG-TG; Art. 12 Abs. 1 SchulG-UR; § 34 Abs. 1 SchulG-ZG.

³⁹² Art. 4 Abs. 1 SchulG-JU; § 37^{quarter} Abs. 1 SchulG-SO; § 34^{bis} SchulG-ZG.

³⁹³ Interkantonale Vereinbarung über die Zusammenarbeit im Bereich der Sonderpädagogik vom 25. Okt. 2007 (Stand Aug. 2013).

³⁹⁴ Siehe dazu ANDREA AESCHLIMANN-ZIEGLER, Der Inhalt des Anspruchs auf unentgeltliche Sonderschulung und seine prozessuale Geltendmachung, Jusletter vom 21. Jan. 2013.

³⁹⁵ Art. 2 lit. c Interkantonale Vereinbarung Sonderpädagogik (Anm. 393).

³⁹⁶ Die nachfolgende Zusammenstellung ist zu weiten Teilen ACHERMANN/KÜNZLI, S. 340 ff. und 376 ff., entnommen.

³⁹⁷ Art. 10 Abs. 2 SchulG-OW; NW: Art. 2 Gesetz über das Bildungswesen vom 17. April 2002, NG 311.1. Fremdsprachige sind gemäss diesen Vorgaben vielmehr soweit möglich innerhalb der Regelstruktur gezielt zu fördern; Art. 11 und 16 SchulG-OW.

³⁹⁸ SZ: § 2 Abs. 2 SchulG-SZ.

³⁹⁹ SG: Ziff. I Kreisschreiben über die Beschulung von Kindern mit Migrationshintergrund vom 15. Juni 2005.

⁴⁰⁰ Siehe dazu auch die detaillierte Übersicht in WINTSCH, S. 232 ff.

⁴⁰¹ Z.B. AG: § 13 Abs. 1 VO über die Förderung von Kindern und Jugendlichen mit besonderen schulischen Bedürfnissen vom 28. Juni 2000, SAR 421.331.

nen Anspruch auf Besuch eines Intensivkurses in der lokalen Schulsprache⁴⁰² oder auf einen mehrmonatigen Grundkurs in der lokalen Amtssprache zur Vorbereitung auf den Besuch der Regelklasse.⁴⁰³

Wiederum gewisse Kantone machen eine ähnliche Unterscheidung für fremdsprachige Schüler und Schülerinnen mit *ungenügenden* oder *fehlenden* Kenntnissen der Amtssprache. Erstere besuchen während mehrerer Jahre zwei wöchentliche Lektionen Sprachkurs, während Letzteren ein Recht auf einen Intensivkurs von einem Jahr und auf einen anschliessenden während drei Jahren dauernden Sprachkurs eingeräumt wird.⁴⁰⁴ Andere Kantone wiederum gewähren allen Schulpflichtigen mit fehlenden oder geringen Kenntnissen der Unterrichtssprache das Recht auf einen Intensivkurs in Kleingruppen mit mehreren wöchentlichen Lektionen⁴⁰⁵ und garantieren allen fremdsprachigen Kindern auf allen Stufen der Volksschule bei bestehender Notwendigkeit zusätzlich Stütz-, Aufbau- oder Ergänzungskurse.⁴⁰⁶ Zusätzlich sehen gewisse Kantone eine Einschulungsbegleitung als individuelles Zusatzangebot für Schüler mit zusätzlichen allgemeinen grundlegenden Bildungslücken vor.⁴⁰⁷ Weitere Kantone verzichten schliesslich in ihrer Schulgesetzgebung auf eine solch differenzierte Unterteilung⁴⁰⁸ und sehen das Recht auf Intensiv- oder Stützkurse in der Unterrichtssprache während oder in Ergänzung zum Besuch der Regelklasse vor⁴⁰⁹ oder allgemeiner eine Pflicht⁴¹⁰ oder ein Recht⁴¹¹ zum Besuch eines zusätzlichen Unterrichts in der Unterrichtssprache. Schliesslich existiert eine letzte Gruppe von Kantonen, welche zumindest auf Stufe von Rechtserlassen weitgehend auf eine detaillierte Regelung dieser Massnahmen verzichtet⁴¹² und/oder sprachliche Unterstützungsmassnahmen einzig mit Hilfe von Weisungen (Verwaltungsverordnungen) normieren.⁴¹³

⁴⁰² Z.B. AG: § 14 Abs. 1 VO Förderung (Anm. 401).

⁴⁰³ Z.B. BE: Anhang 2 VO über die besonderen Massnahmen in der Volksschule (BMV) vom 19. Sept. 2007, BSG 432.271.1.

⁴⁰⁴ Z.B. BL: § 44 f. VO für den Kindergarten und die Primarschule vom 13. Mai 2003, SGS-BL 641.11, und § 24 f. VO für die Sekundarschule vom 13. Mai 2003, SGS-BL 642.11.

⁴⁰⁵ BE: Art. 7 Direktionsverordnung über die besonderen Massnahmen im Kindergarten und in der Volksschule (BMDV), BSG 432.271.11; LU: §§ 14 und 17 Abs. 1 VO über die Förderangebote der Volksschule vom 12. April 2011, SRL 406; SZ: § 17 Abs. 2 Weisungen über das sonderpädagogische Angebot vom 5. Juli 2006, SRSZ 613.131; SO: § 11 VO über die Integration fremdsprachiger Kinder und Jugendlicher vom 7. Mai 1991, BGS-SO 413.671.

⁴⁰⁶ BE: Art. 8 BMDV (Anm. 405); LU: §§ 16 und 17 Abs. 2 VO Förderangebote (Anm. 405); SO: § 13 VO Integration (Anm. 405); SZ: § 17 Abs. 3 Weisung (Anm. 405).

⁴⁰⁷ Z.B. AG: § 15 Abs. 1 und 2 VO Förderung (Anm. 401); LU: § 15 VO Förderangebote (Anm. 405).

⁴⁰⁸ So z.B. AR: Art. 14 Abs. 1 VO zu den Förderangeboten in den Gemeinden vom 8. April 2003, bGS 411.12.

⁴⁰⁹ Z.B. AR: Art. 14 Abs. 1 lit. a und b VO Förderangebote (Anm. 408); SG: Art. 6 f. VO über den Volksschulunterricht vom 11. Juni 1996, sGS 213.12, und Ziff. II Kreisschreiben Migration (Anm. 399).

⁴¹⁰ Z.B. AI: Art. 24 Landesschulkommissionsbeschluss zum Schulgesetz vom 18. Mai 2005, GS 411.012.

⁴¹¹ Z.B. JU: Art. 3 Abs. 2 Ordonnance portant exécution de la loi scolaire vom 29. Juni 1993, RSJU 410.111.

⁴¹² Vgl. z.B. FR: Art. 33 Abs. 4 SchulG i.V.m. Art. 57 Abs. 2 lit. a Ausführungsreglement zum Schulgesetz vom 16. Dez. 1986, SGF 411.0.11, wonach „Hilfsmassnahmen für Schüler in Schwierigkeiten (...) Sprachkurse und Sprachklassen“ umfassen können. Siehe dazu auch Art. 11 VO über die Integration der Migrantinnen und Migranten und die Rassismusprävention (IntV) vom 6. März 2012, SGF 114.22.21; GR: Art. 18 SchulG-GR i.V.m. Art. 35 VO zum Schulgesetz (Schulverordnung) vom 25. Sept. 2012, BR 421.010; NE: Art. 1 Arrêté relatif à l'aide aux élèves en difficulté dans la scolarité obligatoire vom 7. Mai 1997, RSN 410.512.3; NW: Art. 40 SchulG-NW; OW: Art. 11 SchulG-OW, Art. 15 Bildungsverordnung vom 16. März 2006, GDB 410.11, und Art. 9 Abs. 1 Volksschulverordnung vom 16. März 2006, GDB 412.11; TG: § 31 VO über die Volksschule vom 11. Dez. 2007, RB-TG 411.111; UR: Art. 11 Abs. 2 VO zum Schulgesetz vom 22. April 1998, RB-UR 10.1115; VD: Art. 43b SchulG-VD; ZG: § 33 Abs. 1 und 2 SchulG-ZG.

⁴¹³ Solche Weisungen können im Rahmen dieser Studie nicht systematisch analysiert werden.

Diese Übersicht illustriert, dass zumindest gemäss den gesetzlichen Regelungen vieler Kantone die sprachliche Integration von Kindern mit Migrationshintergrund durch eine gezielte Förderung innerhalb der Regelklasse, auf welche ein Anspruch eingeräumt wird, erfolgt. Als Alternative sehen aber Bildungserlasse verschiedener Kantone für neu eingereiste fremdsprachige Lernende die Möglichkeit der Bildung spezifischer Aufnahme- oder Kleinklassen vor⁴¹⁴ oder erlauben den Gemeinden bei einer grossen Anzahl fremdsprachiger Schüler und Schülerinnen separate Integrationskurse oder -klassen zu führen, die in besonderen Klassen durchgeführt werden. Deren Ziel besteht darin, schulpflichtige Kinder schrittweise oder innert einer bestimmten Frist in eine Regelklasse zu integrieren.⁴¹⁵

- Das Recht auf chancengleiche Schulbildung kann auch eine Verpflichtung des Staates begründen, während einer begrenzten Zeit neu aus einem fremden Sprachgebiet eingereisten Kindern und Jugendlichen *Erleichterungen im Bereich der Bewertung der Schulleistungen, der Promotion und der schulischen Selektion* zu gewähren.

Recht unterschiedlich gestalten sich die vergleichsweise wenigen Regelungen in der kantonalen Bildungsgesetzgebung, die für Schülerinnen und Schüler mit mangelnden Kenntnissen in der Unterrichtssprache *Sonderregelung hinsichtlich der schulischen Leistungsbeurteilung* statuieren. So verlangen etwa gewisse Kantone einen Verzicht auf Leistungsnoten bei ungenügender Beherrschung der Amtssprache,⁴¹⁶ während andere die Möglichkeit gewähren, statt einer Note einen schriftlichen Bericht zur Leistungsbeurteilung zu verfassen.⁴¹⁷ Wiederum andere Kantone gewähren derartige Erleichterungen explizit Kindern, die neu aus einem anderen Sprachgebiet zugezogen sind, und dies während einer bestimmten Frist.⁴¹⁸ Ein durchsetzbarer Anspruch auf Nichtberücksichtigung der Leistungsbeurteilung in der Amtssprache lässt sich gestützt auf diese Regelungen damit nur ausnahmsweise begründen.

⁴¹⁴ LU: § 33 VO Förderangebote (Anm. 405); SZ: § 14 Weisung (Anm. 405).

⁴¹⁵ Z.B. AG: § 16 VO Förderung (Anm. 401); AR: Art. 14 Abs. 1 lit. c VO Förderangebote (Anm. 408); BL: § 45 VO Kindergarten und Primarschule (Anm. 404) und § 26 VO Sekundarschule (Anm. 404); SG: Ziff. II Kreis-schreiben Migration (Anm. 399); SO: § 12 VO Integration (Anm. 405); SZ: § 16 Abs. 2 SchulG-SZ. Für ein Beispiel siehe ACHERMANN/KÜNZLI, S. 351 f. zur Zürcher Bildungsgesetzgebung.

Damit verfolgen grundsätzlich alle Kantone auf Erlassstufe das Ziel einer möglichst baldigen Aufnahme in die Regelklasse. Es besteht jedoch insbesondere in Kantonen, die keinen individuellen Anspruch auf spezifische Förderung in der Regelklasse anerkennen, sondern spezifische Aufnahmeklassen für neu aus einem fremden Sprachkreis eingewanderte Kinder führen, die Gefahr, dass solche Schulkarrieren oft in einer Schule mit Grundansprüchen oder gar in Sonderschulen enden, auch wenn dieser Weg nicht aufgrund der Fähigkeiten fremdsprachiger Kinder angezeigt, sondern oft durch ungleiche Zuweisungspraxen zu diesen Schulstufen bedingt erscheint. Dass damit dem Chancengleichheitsgebot nicht entsprochen wird, indem die schulischen Benachteiligungen ausländischer Jugendlicher perpetuiert werden, liegt auf der Hand, spielt doch für die Berufsbildung der besuchte Schultyp eine wichtigere Rolle als die effektiv vorhandenen Kompetenzen. Siehe dazu BUNDESAMT FÜR MIGRATION, Probleme der Integration von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, Bestandesaufnahme der Fakten, Ursachen, Risikogruppen, Massnahmen und des integrationspolitischen Handlungsbedarfs, Juli 2006, S. 21 f., S. 25 f. und S. 34.

⁴¹⁶ Z.B. ZG: § 5 Abs. 3 Reglement über die Promotion an den öffentlichen Schulen vom 5. Juni 1982, BGS-ZG 412.113: „Fremdsprachigen Schülern, welche die deutsche Sprache ungenügend beherrschen, werden in den betreffenden Fächern keine Zeugnisnoten erteilt“.

⁴¹⁷ Z.B. SZ: § 5 Abs. 4 Reglement über Schülerinnen- und Schülerbeurteilung, Promotion und Übertritte an der Volksschule (Promotionsreglement) vom 13. April 2006, SRSZ 613.211.

⁴¹⁸ So z.B. NW: § 48 Abs. 3 Vollzugs-VO zum Gesetz über die Volksschule vom 1. Juli 2003, NG 312.11 (individuelle Beurteilung in allen oder einzelnen Fächern während längstens zweier Jahre); UR: Art. 12 Reglement über die Beurteilung und die Promotion an der Volksschule vom 7. Dez. 2011, RB-UR 10.1135 (Verzicht auf eine Beurteilung während längstens zweier Jahre in allen oder einzelnen Fächern); SO: § 4 Abs. 3 Übergangsreglement zur Promotion in der Volksschule vom 13. Nov. 2006, BGS-SO 413.411 (Verzicht auf die Beurteilung während eines Jahres und Bestätigung des Schulbesuchs).

Zahlreicher sind die kantonalen Regelungen, welche für fremdsprachige Schulpflichtige Erleichterungen bei der *Promotion*, d.h. beim Übertritt in die jeweils nächst höhere Schulklasse, vorsehen. Die verschiedenen Regelungen präsentieren sich aber von äusserst unterschiedlichem Detaillierungsgrad. Gewisse Kantone statuieren einzig, ein bedingtes Aufsteigen könne auch bei Nichterfüllen der Promotionsbedingungen gestattet werden⁴¹⁹ oder die Leistungsbeurteilung und die individuellen Lernfortschritte, nicht aber die Beherrschung der Unterrichtssprache stellen die für diesen Entscheid zentralen Kriterien dar.⁴²⁰ Andere Kantone verknüpfen diese Privilegierung fremdsprachiger Kinder im Rahmen der Promotion ausdrücklich mit einem zeitlichen Kriterium: So schreibt etwa die Bildungsgesetzgebung des Kantons Jura vor, während eines oder ausnahmsweise zweier Jahre könnten die Promotionsregeln nicht beachtet werden, wenn klar erscheine, dass eine Nichtpromotion dem Integrationsprozess zuwiderlaufe.⁴²¹ Wiederum andere Kantone sehen schliesslich eine Privilegierung für die Dauer des Stützunterrichts in der Amtssprache vor.⁴²² Nur im letztgenannten Fall ergibt sich damit ein durchsetzbarer Anspruch auf Nichtberücksichtigung der Amtssprachenkenntnisse für den Promotionsentscheid.

Auch für das *Selektionsverfahren* kennt die Bildungsgesetzgebung gewisser Kantone Privilegierungen für fremdsprachige Schülerinnen und Schüler: So legen einige kantonale Vorgaben in allgemeiner Weise eine Berücksichtigung der Fremdsprachigkeit nahe, indem sie z.B. eine zusätzliche Berücksichtigung der Erfolgchancen einer Schülerin oder eines Schülers verlangen.⁴²³ Andere Regelungen halten fest, „der aktuelle Sprachstand“ sei bei diesem Entscheid nicht ausschlaggebend.⁴²⁴ Im Kanton Luzern werden bei Fremdsprachigen im Übertrittsverfahren die Noten im Fach Deutsch nur berücksichtigt, wenn sich der Schüler oder die Schülerin länger als drei Jahre im deutschen Sprachgebiet aufgehalten hat, und bei einem Übertritt in das Kurzzeitgymnasium ist unter diesen Voraussetzungen der Lernfortschritt in der Unterrichtssprache besonders zu berücksichtigen.⁴²⁵ Der Kanton Nidwalden schliesslich regelt, dass Betroffene während der Dauer des Stützunterrichts in der Unterrichtssprache trotz Nichterfüllung der Selektionskriterien durch Entscheid der Klassenlehrperson und der Schulleitung dennoch an die Orientierungsschule übertreten können.⁴²⁶ Als gegenteilige Besonderheit schliesst der Kanton Basel-Landschaft die Anwendung der grosszügigen Erleichterungen, von welchen Fremdsprachige im Promotionsverfahren profitieren können, für das Selektionsverfahren explizit aus.⁴²⁷ Zusammengefasst ergibt sich hier kein einheitliches Bild

⁴¹⁹ SZ: § 13 Abs. 1 Reglement über Schülerinnen- und Schülerbeurteilung (Anm. 417). Vgl. auch SO: § 9 Abs. 3 Promotionsreglement (Anm. 418), und § 2 Abs. 4 VO Integration (Anm. 405). Gemäss letztgenannter Bestimmung ist die Fremdsprachigkeit auch bei einer allfälligen Rückversetzung angemessen zu gewichten.

⁴²⁰ SG: Empfehlung zur Förderung von Kindern mit Migrationshintergrund in Kindergarten und Volksschule vom 15. Juni 2005, Amtliches Schulblatt vom 15. Juni 2005.

⁴²¹ JU: Art. 3 Abs. 3 Ordonnance portant exécution de la loi scolaire vom 29. Juni 1993, RSJU 410.111. Für weitere Beispiele siehe ACHERMANN/KÜNZLI, S. 378 f.

⁴²² Z.B. UR: Art. 37 Reglement über die Beurteilung (Anm. 418); NW: § 56 Abs. 1 und § 59 Abs. 1 Vollzugs-VO (Anm. 418).

⁴²³ SO: § 2 Abs. 5 VO Integration (Anm. 405).

⁴²⁴ SG: Ziff. 5.1 Empfehlung Migration (Anm. 420). Im Kanton Jura kann fremdsprachigen Kindern überdies die Übertrittsprüfung erlassen werden; Art. 8 Abs. 2 Règlement concernant l'orientation des élèves en sixième année vom 25. März 1999, RSJU 410.111.2. Siehe ferner NE: Règlement concernant les conditions d'admission, d'orientation, de promotion et de passage dans l'enseignement secondaire (année d'orientation, sections de maturités, moderne et préprofessionnelle) vom 24. Mai 2006, RSN 410.515.1.

⁴²⁵ LU: § 11 Abs. 1 und 2 VO über die Übertrittsverfahren in der Volksschule vom 15. Mai 2007, SRL 405b.

⁴²⁶ NW: § 75 Abs. 1 Vollzugs-VO (Anm. 418).

⁴²⁷ BL: § 58 Abs. 4 VO über Beurteilung, Beförderung, Zeugnis und Übertritt (VO BBZ) vom 9. Nov. 2004, SGS-BL 640.21.

darüber, ob fremdsprachigen Kindern und Jugendlichen ein Anspruch eingeräumt wird, im Selektionsverfahren von Erleichterungen im Bereich der Amtssprachenkenntnisse zu profitieren; verpflichtet doch die Schulgesetzgebung die entscheidenden Behörden oft einzig zur Mitberücksichtigung der Tatsache der Fremdsprachigkeit.

3.3. Recht auf diskriminierungsfreien und chancengleichen weiterführenden Unterricht

Der Pakt I verankert keinen unmittelbar geltenden Anspruch auf Besuch weiterführender Schulen. Direkt anwendbar ist hingegen der Anspruch auf freien und gleichen Zugang zu vorhandenen Bildungseinrichtungen.⁴²⁸ Der Ausschuss für WSK-Rechte erachtet es als Kernverpflichtung der Vertragsstaaten den Zugang zu öffentlichen Bildungseinrichtungen und -programmen auf nicht-diskriminierender Grundlage zu gewährleisten,⁴²⁹ findet doch gemäss seiner Auffassung das in Art. 2 Abs. 2 Pakt I verankerte Diskriminierungsverbot in vollem Umfang und umgehend auf alle Aspekte der Bildung Anwendung.⁴³⁰ Hingegen ist aufgrund des Wortlautes klar, dass die Unentgeltlichkeit des Besuchs weiterführender Schulen nicht unmittelbar verpflichtend ist.

In diesem Sinne gewährt auch Art. 19 BV laut dem Bundesgericht nur einen Anspruch auf unentgeltlichen Schulbesuch während der obligatorischen Schulzeit, d.h. namentlich nicht während der Mittelschule.⁴³¹ In den meisten Kantonen besteht hingegen trotzdem ein Anspruch auf unentgeltlichen Besuch der Mittelschule innerhalb des Wohnkantons.⁴³² Nur wenige Kantone verlangen auf dieser Stufe ein Schulgeld oder dürfen dies tun.⁴³³ Die Unentgeltlichkeit beinhaltet jedoch nicht die Lehrmittel⁴³⁴ und Transporte.⁴³⁵ Sämtliche Universitäten sehen hingegen eine Studiengebühr vor, wobei gewisse Universitätsgesetze eine Höchstgrenze bestimmen.⁴³⁶ Hingegen gewährt laut Art. 3 Abs. 1 des Ausbildungsbeitragsgesetzes der Bund den Kantonen im Rahmen der bewilligten Kredite Beiträge an ihre jährlichen Aufwendungen für Stipendien und Studiendarlehen im tertiären Bildungsbereich.⁴³⁷ Die Kantone regeln die Stipendienvergabe zum grössten Teil auf Gesetzes-, in seltenen Fällen aber auch auf Verordnungsstufe. In jedem Kanton besteht unter der Einhaltung von variierenden Erfordernissen ein durchsetzbarer Anspruch auf eine Stipendienvergabe.⁴³⁸

⁴²⁸ KÄLIN/KÜNZLI, S. 479 f.

⁴²⁹ WSK-Ausschuss, General Comment No. 3, Ziff. 57.

⁴³⁰ WSK-Ausschuss, General Comment No. 13, Ziff. 31.

⁴³¹ BGE 129 I 35, E. 7.4.

⁴³² Z.B. § 3 Abs. 4 SchulG-AG; Art. 18 Abs. 3 SchulG-AI; Art. 21 Abs. 1 SchulG-AR; § 9 Abs. 1 lit. a SchulG-BL; § 75 Abs. 1 SchulG-BS; Art. 11 Abs. 1 SchulG-GL; Art. 10 Abs. 1 SchulG-SH; Art. 26 Abs. 1 SchulG-UR (für die ersten drei Gymnasialklassen); Art. 11 SchulG-VS; Art. 3 Abs. 1 MittelschulG-NW; Art. 5 Abs. 1 MittelschulG-SG; Art. 61 und 62 Abs. 1 MittelschulG-BE; Art. 20 Abs. 1 MittelschulG-NE; § 33 Abs. 1 MittelschulG-ZH.

⁴³³ Z.B. Art. 10 MittelschulG-GR; Art. 68 Abs. 1 MittelschulG-FR; Art. 41 Abs. 1 MittelschulG-VD; § 34 Abs. 1 MittelschulG-LU; § 32 Abs. 1 MittelschulV-SZ.

⁴³⁴ Siehe z.B. Art. 11 Abs. 3 SchulG-GL.

⁴³⁵ Siehe z.B. Art. 96 Abs. 2 SchulG-OW.

⁴³⁶ Art. 34d Abs. 1 ETH-Gesetz; Art. 65 UniG-BE (Höchstgrenze 1'000 CHF); § 30 Abs. 1 UniG-LU; Art. 25 UniG-FR; Art. 16 Abs. 2 UniG-GE (Verweis auf Spezialgesetz zur Festlegung); Art. 76 UniG-VD; § 41 UniG-ZH (Bemessung unter Berücksichtigung der an den anderen schweizerischen Universitäten geltenden Ansätze und unter der Wahrung des gleichen Zugangs aller Personen mit der nötigen Vorbildung zur Universität); Art. 65 Abs. 6 UniG-NE; Art. 33 UniG-SG (Höchstgrenze in Abs. 2).

⁴³⁷ BG vom 6. Okt. 2006 über Beiträge an die Aufwendungen der Kantone für Stipendien und Studiendarlehen im tertiären Bildungsbereich, SR 416.0.

⁴³⁸ Art. 2 ff. StipV-GL; Art. 2 ff. StipV-SG; Art. 3 ff. StipV-FR; Art. 1 ff. StipV-AR; Art. 5 ff. StipV-VS; § 1 ff. StipV-ZH; § 3 ff. StipV-LU; Art. 4 ff. StipV-UR; Art. 2 ff. StipV-OW; § 2 ff. StipV-SO; Art. 3 ff. StipV-NW; Art. 3 ff.

Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV vermittelt auch im Bereich der nachobligatorischen Schulbildung einen durchsetzbaren Anspruch darauf, nicht infolge verpönter Unterscheidungsmerkmale an einer Bildungsinstitution nicht aufgenommen resp. von ihr ausgeschlossen zu werden. Konkretisiert wird diese Vorgabe auf Bundesebene durch das Diskriminierungsverbot von Art. 3 des Gleichstellungsgesetzes. Diese Bestimmung erwähnt in Abs. 2 explizit die Geltung des Verbots für die Aus- und Weiterbildung.⁴³⁹ Auch der Geltungsbereich des Behindertengleichstellungsgesetzes erstreckt sich gemäss seinem Art. 3 lit. f auf die Aus- und Weiterbildung. Laut Art. 2 Abs. 5 dieses Erlasses liegt eine Benachteiligung bei der Inanspruchnahme von Aus- und Weiterbildung vor, wenn die Verwendung behindertenspezifischer Hilfsmittel oder der Beizug notwendiger persönlicher Assistenz erschwert werden (lit. a) oder die Dauer und Ausgestaltung des Bildungsangebots sowie Prüfungen den spezifischen Bedürfnissen Behinderter nicht angepasst sind (lit. b).⁴⁴⁰ Besondere Regelungen auf kantonaler Ebene, die diesen Grundsatz spezifisch für den nachobligatorischen Unterricht konkretisieren und namentlich einen Anspruch auf chancengleiche Inanspruchnahme von höherer Bildungsinfrastruktur begründen, sind hingegen spärlich.

So finden sich nahezu keine gesetzlichen Vorgaben im kantonalen Bildungsrecht, wonach im Selektionsverfahren für weiterführende Schulen die Fremdsprachigkeit angemessen zu berücksichtigen wäre: Im Kanton Basel-Stadt kann etwa das Rektorat über die Aufnahme von „Schülerinnen und Schülern, die begründet nicht an der Aufnahmeprüfung teilnehmen konnten [oder] die fremdsprachig sind“ in gewisse Fachmittelschulen befinden,⁴⁴¹ während gemäss solothurnischer Gesetzgebung Jugendliche, die aufgrund ihrer Fremdsprachigkeit dem Unterricht an den Gymnasien noch nicht in allen Fächern zu folgen vermögen, als sog. Präparanden aufgenommen⁴⁴² und bei Erfüllung der Promotionsvorgaben in einem späteren Zeitpunkt wohl definitiv aufgenommen werden können.⁴⁴³ Im Kanton Bern kann für Schülerinnen und Schüler, die den Unterricht in der Erst- bzw. Zweitsprache erst seit dem 6. Schuljahr oder später besucht haben, das Aufnahmeverfahren für Mittelschulen angepasst werden.⁴⁴⁴ Die detailliertesten Bestimmungen zu dieser Fragestellung kennt aber der Kanton Luzern: Dessen Gesetzgebung schreibt vor, dass bei der Beurteilung zum Übertritt in das Gymnasium bei fremdsprachigen Lernenden, die sich seit weniger als drei Jahren im deutschen Sprachgebiet aufhalten, im Fach Deutsch der individuelle Lernfortschritt besonders zu beachten sei.⁴⁴⁵ Zudem können Fremdsprachige, „die wegen sprachlicher Schwie-

StipG-GR; § 3 ff. StipG-AG; § 2 ff. StipG-TG; § 4 ff. StipG-ZG; § 4 ff. StipG-BS; § 4 ff. StipG-BL; Art. 6 ff. StipG-BE.

⁴³⁹ Laut der Beweislast erleichterung nach Art. 6 GIG reicht für eine Diskriminierung in Bezug auf die Aus- und Weiterbildung ein „glaubhaft machen“ aus.

⁴⁴⁰ Schliesslich verlangt auf Bundesebene auch das BG über die Berufsbildung vom 13. Dez. 2002 (BBG), SR 412.10, in seinem Art. 34, „[d]ie in den Qualifikationsverfahren verwendeten Beurteilungskriterien müssen sachgerecht und transparent sein sowie die Chancengleichheit wahren“. Individuelle Ansprüche auf spezifische Fördermassnahmen werden damit indes nicht begründet.

⁴⁴¹ BS: § 3 Abs. 2 VO über die Aufnahmebedingungen der Informatikmittelschule vom 18. März 2003, SG-BS 413.730. Ebenso § 3 Abs. 2 VO über die Aufnahmebedingungen der Wirtschaftsmittelschule vom 18. Jan. 2011, SG-BS 413.700, § 4 Abs. 2 VO über die Aufnahmebedingungen der Fachmaturitätsschule vom 7. Dez. 2004, SG-BS 413.610.

⁴⁴² SO: § 10 Reglement über Aufnahme, Zeugnisse, Promotion und Entlassung für die Maturitätsschulen des Kantons Solothurn vom 30. März 1998, BGS-SO 414.441.5.

⁴⁴³ Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die vorne S. 61 erwähnte Sonderregeln der basel-landschaftlichen Bildungsgesetzgebung für die Promotion fremdsprachiger Kinder und Jugendlicher nicht nur während der obligatorischen Schulzeit, sondern auch auf Sekundarstufe II Anwendung finden, hingegen nicht für das Übertrittsverfahren gelten; BL: § 58 insb. Abs. 2 VO über Beurteilung (Anm. 427).

⁴⁴⁴ BE: Art. 131 Abs. 1 Mittelschuldirektionsverordnung (MiSDV) vom 27. Mai 2008, BSG 433.121.1.

⁴⁴⁵ LU: § 18 Abs. 1 VO zum Gesetz über die Gymnasialbildung vom 19. Juni 2001, SRL 502.

rigkeiten noch nicht den gesamten Unterricht besuchen“ als Gäste für höchstens ein Jahr in ein Gymnasium und anschliessend definitiv aufgenommen werden, „sofern sie die Bedingung für eine definitive Promotion erfüllen“. ⁴⁴⁶ Andererseits fällt auf, dass selbst Kantone, welche präzise Kriterien für die schulische Selektion fremdsprachiger Kinder auf der Sekundarstufe I kennen, für das Übertrittsverfahren auf der Sekundarstufe II nur sehr allgemeine Regelungen zur Berücksichtigung sprachlicher Schwierigkeiten fremdsprachiger Jugendlicher kennen. ⁴⁴⁷ Somit gilt, dass das Prinzip des chancengleichen Zugangs zu bestehenden Einrichtungen der nachobligatorischen Bildung im kantonalen Schulrecht nicht in justiziabler Form verankert ist.

4. Beurteilung

Die zwei zentralen aus dem Recht auf Bildung fließenden Unterlassungspflichten, d.h. die Privatschulfreiheit und das Recht private Bildungseinrichtungen zu betreiben, wie auch die Minimalverpflichtung, allen Kindern und Jugendlichen während neun Jahren ein Recht auf unentgeltlichen Unterricht einzuräumen, sind in der Schweiz auf Stufe Bund und Kantone solide grundrechtlich anerkannt. Uneinheitlich ist demgegenüber der Befund im Bereich der Umsetzung der Verpflichtung für Chancengleichheit während der obligatorischen Schulzeit zu sorgen: Während einige Kantone sehr weitgehende und individuell durchsetzbare Ansprüche auf Förderung für vulnerable Kategorien von Schülerinnen und Schülern kennen, ist die Bildungsgesetzgebung anderer Kantone zurückhaltender und stellt die Anordnung solcher Massnahmen teilweise in das Ermessen der zuständigen Behörden.

Der unentgeltliche Besuch weiterführender Schulbildung wird im schweizerischen Verfassungsrecht nicht geschützt. Immerhin verankert die Bildungsgesetzgebung zahlreicher Kantone einen Anspruch auf unentgeltlichen Mittelschulbesuch. Hingegen räumt auf dieser Schulstufe die Gesetzgebung kaum subjektive Ansprüche auf Herstellung der Chancengleichheit ein. Ein Anspruch auf diskriminierungsfreie Zulassung zu bestehenden Bildungsinstitutionen auf Mittel- und Hochschuleniveau garantiert jedoch das Diskriminierungsverbot.

⁴⁴⁶ LU: § 21 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 und 4 VO Gymnasialbildung (Anm. 445).

⁴⁴⁷ So etwa NW: Während seine Gesetzgebung für den Übertritt Fremdsprachiger an die Orientierungsschule klare Vorgaben statuiert (§ 75 Abs. 1 Vollzugs-VO [Anm. 434]), hält die für die Sekundarstufe einschlägige Vollzugs-VO zum Gesetz über die kantonale Mittelschule vom 12. Juni 2007, NG 314.11, in ihrem § 4 Abs. 3 einzig fest, „[d]ie Lehrperson kann in begründeten Fällen auch dann eine Aufnahme empfehlen, wenn der für den Übertritt massgebende Notendurchschnitt nicht erreicht wird“.

XIV. RECHT AUF TEILNAHME AM KULTURELLEN LEBEN UND AM WISSENSCHAFTLICHEN FORTSCHRITT (ART. 15 PAKT I)

Art. 15 Pakt I kodifiziert die kulturellen Rechte und enthält ein Konglomerat unterschiedlicher Teilgehalte, die teilweise in engem Bezug zur Meinungsäusserungsfreiheit und zu anderen Freiheitsrechten stehen, welche dem Schutz des künstlerischen und wissenschaftlichen Schaffens dienen.⁴⁴⁸ Art. 15 lässt sich in drei Teilgehalte aufteilen: Das Recht auf Teilnahme am kulturellen Leben und die Kunstfreiheit, die wissenschaftlichen Rechte und der Schutz des geistigen Eigentums.

1. Kulturelle Rechte

Das Recht, am kulturellen Leben teilzunehmen, ergibt sich aus Art. 15 Abs. 1 lit. a Pakt I. Es beinhaltet die freie Wahl der kulturellen Identität sowie den freien Zugang zu kulturellen Gütern/Stätten. Laut Art. 15 Abs. 3, welchen der Ausschuss für WSK-Rechte als unmittelbar anwendbar ansieht, sind alle für die schöpferische Tätigkeit unerlässlichen Freiheiten zu achten.⁴⁴⁹ Daraus ergibt sich ein Freiheitsrecht, welches sowohl die passive als auch die aktive Kunstfreiheit umfasst.⁴⁵⁰ Der Ausschuss für WSK-Rechte erwähnt bei den Kernverpflichtungen, die sich aus Art. 15 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 3 ergeben auch die Beachtung der Gedanken- und Meinungsäusserungsfreiheit, Religionsfreiheit, das Recht seine eigene Sprache zu benutzen und die Versammlungsfreiheit.⁴⁵¹ Eine weitere Kernverpflichtung ist die Gewährleistung des diskriminierungsfreien Zugangs zum kulturellen Leben.⁴⁵²

Als *lex specialis* zur Meinungsäusserungsfreiheit wird die Kunstfreiheit durch Art. 21 BV explizit gewährleistet. Sie umfasst die aktive und passive Kunstfreiheit. Rund die Hälfte der Kantonsverfassungen schützt diese Garantie ebenso.⁴⁵³ Auch die übrigen vom Ausschuss in diesem Zusammenhang erwähnten Menschenrechte finden sich im Grundrechtskatalog der Bundesverfassung.

2. Wissenschaftliche Rechte

Ebenso wie das Recht am kulturellen Leben teilzunehmen, ist die Wissenschaftsfreiheit in Art. 15 Pakt I an zwei Stellen kodifiziert: Laut Abs. 1 lit. b erkennen die Vertragsstaaten das Recht aller Personen an, „an den Errungenschaften des wissenschaftlichen Fortschritts und seiner Anwendung teilzuhaben“. Abs. 3 von Art. 15 verweist darauf, dass sich die Vertragsstaaten verpflichtet haben, „die zu wissenschaftlicher Forschung (...) unerlässliche Freiheit zu achten“. Dadurch wird sowohl die passive als auch aktive Forschungsfreiheit, d.h. die Freiheit, Forschungsergebnisse zur Kenntnis zu nehmen und selber Forschung zu betreiben, geschützt, welche sich auch aus der

⁴⁴⁸ KÄLIN/KÜNZLI, S. 482 ff.

⁴⁴⁹ WSK-Ausschuss, General Comment No. 3, Ziff. 5.

⁴⁵⁰ KÄLIN/KÜNZLI, S. 483.

⁴⁵¹ WSK-Ausschuss, General Comment No. 21, Ziff. 55.

⁴⁵² A.a.O., Ziff. 21 ff. und 55.

⁴⁵³ § 14 Abs. 1 KV-AG; Art. 14 KV-AR; Art. 22 KV-BE; § 11 lit. p KV-BS; Art. 21 KV-FR; Art. 10 KV-GL; Art. 8 lit. i KV-JU; Art. 23 KV-NE; Art. 2 lit. o KV-SG; Art. 12 Abs. 1 lit. g KV-SH; Art. 14 Abs. 1 KV-SO; § 6 Ziff. 6 KV-TG; Art. 12 lit. i KV-UR; Art. 18 KV-VD.

Meinungs- und Meinungsäusserungsfreiheit ergeben.⁴⁵⁴ Auch die Forschungsfreiheit muss diskriminierungsfrei gewährleistet werden.

Die Wissenschaftsfreiheit wird in Art. 20 BV gewährleistet. Sie beinhaltet die Freiheit der Forschung und der Lehre sowie die Freiheit, sich Erkenntnisse anderer anzueignen (Lernfreiheit). Über die Hälfte der Kantonsverfassungen verankert die Wissenschaftsfreiheit ebenso in ihren Grundrechtskatalogen.⁴⁵⁵ Zusätzlich garantieren die kantonalen Schulgesetze die Lehrfreiheit innerhalb des gesetzlichen Rahmens oder des Lehrplans.⁴⁵⁶ Ferner verankern sämtliche kantonalen Universitätsgesetze⁴⁵⁷ sowie das Bundesgesetz über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen⁴⁵⁸ die Wissenschaftsfreiheit und gewähren damit ebenfalls individuell durchsetzbare Ansprüche.

3. Schutz des geistigen Eigentums

Den Schutz des geistigen Eigentums sieht schliesslich Art. 15 Abs. 1 lit. c Pakt I vor. Dieser Aspekt begründet folgende unmittelbaren Verpflichtungsgehalte: Unterlassungspflichten, wonach der Staat alles zu unterlassen hat, was den Schutz von geistigem Eigentum beeinträchtigen könnte, sind dabei ohne weiteres direkt anwendbar.⁴⁵⁹ Die Schutzpflichten sind so auszugestalten, dass Dritte davon abgehalten werden den Schutz des geistigen Eigentums zu verletzen.⁴⁶⁰ Zur Einhaltung der Gewährleistungspflichten von Art. 15 Abs. 1 lit. c hält der Ausschuss fest, dass der Vertragsstaat unter anderem angemessene gesetzgeberische, administrative, finanzielle und gerichtliche Massnahmen treffen muss.⁴⁶¹ Diese Forderungen wiederholt der Ausschuss bei den Kernverpflichtungen.⁴⁶² Zudem verlangen die Kernverpflichtungen sicherzustellen, dass der Autor oder die Autorin eines Werkes als dessen Schöpfer resp. Schöpferin anerkannt und dementsprechend geschützt wird.⁴⁶³ Der Schutz des geistigen Eigentums ist diskriminierungsfrei zu gewähren.⁴⁶⁴

Die Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV schützt nicht nur das sachenrechtliche Eigentum, sondern ebenso Immaterialgüterrechte.⁴⁶⁵ Ein Anspruch auf Schutz des geistigen Eigentums ist damit verfassungsrechtlich verankert. Zudem hat der Bund⁴⁶⁶ verschiedene Gesetze zum Schutz des geistigen Eigentums erlassen, mit welchen er seinen diesbezüglichen Schutzpflichten nach-

⁴⁵⁴ KÄLIN/KÜNZLI, S. 484 f.

⁴⁵⁵ § 14 Abs. 1 KV-AG; Art. 13 Abs. 1 KV-AR; Art. 21 Abs. 1 KV-BE; § 6 Abs. 2 lit. e KV-BL; § 11 Abs. 1 lit. q KV-BS; Art. 22 KV-FR; Art. 11 KV-GL (nur Lehrfreiheit); Art. 8 lit. h und i KV-JU; Art. 22 KV-NE; Art. 2 lit. n KV-SG; Art. 12 Abs. 1 lit. f KV-SH; Art. 14 Abs. 1 KV-SO; § 6 Ziff. 6 KV-TG; Art. 12 lit. i KV-UR; Art. 19 KV-VD; Art. 10 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 3 KV-VS.

⁴⁵⁶ Art. 30 SchulG-AI; Art. 27 Abs. 1 SchulG-AR; § 70 Abs. 1 lit. a SchulG-BL; Art. 14 Abs. 1 SchulG-GE; Art. 59 lit. a SchulG-GL; § 24 Abs. 7 SchulG-LU; Art. 76 Abs. 3 SchulG-SG; Art. 61 SchulG-SH; Art. 46 Abs. 1 SchulG-TI; § 47 Abs. 4 SchulG-ZG.

⁴⁵⁷ Art. 10 Abs. 1 UniG-BE; Art. 3 Abs. 1 UniG-SG; Art. 5 UniG-FR; Art. 5 Abs. 1 UniG-GE; Art. 15 UniG-VD; § 5 Abs. 1 UniG-LU; Art. 10 Abs. 1 UniG-NE; Art. 4 UniG-TI; § 3 Abs. 1 UniG-ZH.

⁴⁵⁸ Art. 5 Abs. 3 ETH-Gesetz.

⁴⁵⁹ KÜNZLI, S. 535.

⁴⁶⁰ WSK-Ausschuss, General Comment No. 17, Ziff. 28.

⁴⁶¹ A.a.O., Ziff. 28.

⁴⁶² A.a.O., Ziff. 39 lit. a.

⁴⁶³ A.a.O., Ziff. 39 lit. b.

⁴⁶⁴ A.a.O., Ziff. 39 lit. d.

⁴⁶⁵ Siehe dazu MÜLLER/SCHEFER, S. 1014.

⁴⁶⁶ Gestützt auf Art. 95, 122 und 123 BV.

gekommen ist, und die es den Berechtigten ermöglichen ihre Ansprüche aus geistigem Eigentum gegenüber Dritten durchzusetzen. Zu diesen Erlassen gehören das Bundesgesetz über das Urheberrechtsgesetz, welches den Schutz der Urheber und Urheberinnen von Werken der Literatur und Kunst wie auch den Schutz der ausübenden Künstler und Künstlerinnen, der Hersteller und Herstellerinnen von Ton- und Tonbildträgern sowie der Sendeunternehmen regelt.⁴⁶⁷ Das Patentgesetz regelt den Schutz für neue gewerblich anwendbare Erfindungen.⁴⁶⁸ Das Designgesetz schützt Gestaltungen von Erzeugnissen oder Teilen von Erzeugnissen, die namentlich durch die Anordnung von Linien, Flächen, Konturen oder Farben oder durch das verwendete Material charakterisiert sind.⁴⁶⁹ Schliesslich bietet auch das Markenschutzgesetz einen Schutz des geistigen Eigentums.⁴⁷⁰

4. Beurteilung

Art. 15 Pakt I verankert zu wesentlichen Teilen Freiheitsrechte, welche auch im Grundrechtekatalog der Bundesverfassung enthalten sind. Die Wissenschaftsfreiheit ist überdies in der schweizerischen Bildungsgesetzgebung solide verankert, währendem die Durchsetzung von privaten aus geistigem Eigentum fliessenden Schutzrechten durch die Bundesgesetzgebung im Bereich des Immaterialgüterrechts gewährleistet wird.

⁴⁶⁷ BG über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Okt. 1992, SR 231.1.

⁴⁶⁸ BG über die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954, SR 232.14.

⁴⁶⁹ BG über den Schutz von Design vom 5. Okt. 2001, SR 232.12.

⁴⁷⁰ BG über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben vom 28. Aug. 1992, SR 232.11.

XV. FAZIT

Das schweizerische Landesrecht anerkennt in den durch wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte des Pakts I abgedeckten inhaltlichen Bereichen regelmässig individuell durchsetzbare und damit justiziable Garantien von Individuen. Dieser Schluss gilt nicht nur für die Bundesebene, sondern auch für das kantonale Recht. Föderalismusbedingte Schwierigkeiten oder Andersartigkeiten hinsichtlich der landesrechtlichen Anerkennung von Rechtsansprüchen im Bereich dieser Menschenrechte sind damit nicht oder kaum auszumachen.

Aufgesplittert auf die einzelnen Verpflichtungsdimensionen der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte ergibt sich folgende Situation:

- *Unterlassungspflichten* aus Pakt-I-Garantien überlappen sich nicht nur häufig mit Geltungsbereichen von klar auch von der schweizerischen Praxis als justiziabel anerkannten Garantien des Pakts II oder der EMRK, sondern ebenso mit solchen von Grundrechten der Bundesverfassung oder kantonaler Grundgesetze.
- Kaum verfassungsrechtlich verankert – resp. mangels entsprechender Praxis verfassungsrechtlich anerkannt – sind hingegen im Schweizer Recht Ansprüche, welche inhaltlich den aus den Paktgarantien fliessenden *Schutzpflichten* entsprechen. Vielmehr sind diese in der Regel auf Gesetzesebene justiziabel ausgestaltet, indem durch das Privatrecht Individuen Rechte eingeräumt werden, welche gegenüber (privaten) Dritten durchgesetzt werden können. Sie begründen hingegen keine direkten Ansprüche gegenüber dem Staat auf Schutzmassnahmen. Ausnahmsweise – so im Bereich des Arbeitsrechts – wird der Staat hingegen in die Pflicht genommen, Private vor Missbräuchen durch Private zu schützen. Damit werden als Reflex Ansprüche auf staatliche Schutzgewährung begründet.
- Im Bereich der aus dem Pakt I fliessenden *Gewährleistungspflichten* verankert schliesslich teilweise das Verfassungsrecht des Bundes (so etwa im Bereich des Rechts auf Bildung oder auf angemessenen Lebensstandard), teilweise aber auch die kantonale Gesetzgebung (z.B. Recht auf Sozialhilfe) individuell durchsetzbare Ansprüche auf staatliche Minimalleistungen, welche wichtige Teile der Paktgarantien abdecken. Als Konkretisierung des Diskriminierungsverbots und nicht zuletzt als Folge der Geltung des Legalitätsprinzips auch in der Leistungsverwaltung anerkennen heute das Bundesrecht und die kantonale Gesetzgebung einheitlich einen durchsetzbaren Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu bestehenden Sozial-, Bildungs- und Gesundheitseinrichtungen auch ausserhalb des Bereichs der vom Ausschuss für WSK-Rechte identifizierten Minimalverpflichtungen. Unterschiedlich präsentiert sich die Anerkennung von Individualrechten indes im Bereich der Umsetzung des Gebots der Verwirklichung der Chancengleichheit im Bildungswesen. Integral justiziabel ausgestaltet sind infolge der Umsetzung mittels Versicherungen demgegenüber die aus dem Recht auf Soziale Sicherheit fliessenden Gewährleistungspflichten. Unmittelbar zu erfüllende und justiziable Leistungsansprüche gegenüber Personen in staatlichem Gewahrsam sind im schweizerischen Kontext insbesondere im Bereich der Subsistenzrechte und des Rechts auf Gesundheit von Relevanz. In diesem Bereich anerkennt das Bundesgericht in einer ständigen Praxis direkt durchsetzbare verfassungsrechtliche Ansprüche von inhaftierten Personen gegenüber dem Staat.

Damit kann belegt werden, dass einklagbare Ansprüche in den durch die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte abgedeckten Feldern durch das schweizerische Landesrecht mehr

oder weniger in identischer Weise anerkannt werden, wie dies vom Ausschuss für WSK-Rechte gefordert wird. Die prinzipielle Ablehnung der Justiziabilität der Paktgarantien resp. die stete Betonung ihrer rein programmatischen Wirkung sowie die oft „unjuristische“ Berichterstattung der Schweiz an den Ausschuss findet daher weder eine Begründung in entsprechenden Defiziten des Schweizer Landesrechts noch in föderalismusbedingten Schwierigkeiten. Diese Sichtweise verkennt überdies, dass die heute unbestrittene Anerkennung des Legalitätsprinzips auch in der Leistungsverwaltung zwingend dazu führt, dass Ansprüche auf diskriminierungsfreie Benutzung staatlicher Infrastrukturleistungen von betroffenen Individuen durchgesetzt werden können und mithin justiziabel sind.

Die Übersicht in dieser Studie hat auch aufgezeigt, dass gewisse Garantien des Pakts I als solche ein justiziables Äquivalent im Landesrecht und dies gar auf Stufe der Verfassung besitzen (z.B. Recht auf Grundschulunterricht oder Recht auf freie Wahl der Arbeit), während andere Garantien erst durch den Gesetzgeber im Landesrecht justiziabel ausgestaltet werden (z.B. im Bereich des Rechts auf Gesundheit oder Rechts auf Chancengleichheit im Bildungswesen). Diese Unterscheidung darf indes keinesfalls als Beleg dafür genommen werden, dass gewisse Garantien des Pakts I an sich keine justiziablen Ansprüche begründen, sondern dafür einer gesetzlichen Umsetzung im Landesrecht bedürfen. Denn die in dieser Studie identifizierten landesrechtlichen Normen wurden nicht zum Zweck der Umsetzung des Pakts I, sondern ohne Bezugnahme auf diese völkerrechtliche Vorgabe geschaffen. Daher sind es gesetzgeberische Erwägungen und keinesfalls juristische Charakteristika, die darüber bestimmen, ob justiziable Gehalte des Pakts I im schweizerischen Landesrecht mit einem hohen Abstraktionsgrad und auf Verfassungsstufe oder sehr detailliert und auf Stufe einer Verordnung geregelt werden. Dies lässt sich etwa in denjenigen Bereichen des Pakts I illustrieren, die in der Schweiz in kantonaler Kompetenz liegen: So anerkennen etwa gewisse Kantone auf Verfassungsstufe einen Anspruch auf eine den Fähigkeiten der schulpflichtigen Kinder und Jugendlichen entsprechende Bildung, während andere dieses Postulat in teilweise sehr detaillierter Weise in ihrer Schulgesetzgebung umsetzen. Schliesslich ist allgemein darauf hinzuweisen, dass auch ausserhalb des Bereichs der WSK-Rechte Grundrechte auf Gesetzesstufe weiter konkretisiert werden, ohne dass dadurch Zweifel an der Justiziabilität dieser Grundrechte an sich entstehen.⁴⁷¹

Trotz des Befundes, dass die Schweiz die vom WSK-Ausschuss als unmittelbar geltend identifizierten Verpflichtungen in ihrem Landesrecht weitgehend in anspruchsbegründender Weise umsetzt und sie sich daher vor dem Ausschuss weit positiver präsentieren könnte, bewirkt die prinzipielle Ablehnung der Justiziabilität folgende Rechtsschutzdefizite:

- Justiziable Ansprüche – insbesondere im Bereich der Bildungs- und Gesundheitsrechte – sind teilweise in normativer Hinsicht prekär, d.h. etwa oft auf Stufe kantonaler Verordnungen oder gar einzig in Richtlinien verankert. Ihr Bestand ist daher im Vergleich mit einem völkerrechtlichen Vertrag äusserst unsicher; liegt es doch damit oft in der Kompetenz der Exekutive diese Ansprüche zu kürzen oder gar aufzuheben. Zudem bieten Regelungen auf solcher Normstufe keinen Schutz gegen entsprechende Änderungen des übergeordneten Rechts.
- Ist die Justiziabilität von Ansprüchen aus WSK-Rechten einzig auf Stufe des Landesrechts anerkannt, wird die Existenz eines individuell durchsetzbaren Anspruchs, gegen Rückschritte

⁴⁷¹ In diesem Sinn werden etwa die Verfahrensgarantien von Art. 29 BV in der Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Okt. 2007 (StPO, SR 312.0) und der Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dez. 2008 (ZPO, SR 272) konkretisiert und teilweise ausgedehnt, ohne dass deswegen irgendwelche Zweifel an der Justiziabilität der abstrakteren Verfassungsbestimmung bestehen.

im Bereich der Verwirklichung der Pakt-I-Rechte vorgehen zu können, weitgehend illusorisch. Menschenrechtliche, d.h. völkerrechtlich verbrieft Ansprüche gegen Kürzungen staatlicher Leistungen etwa im Sozial- und Gesundheitswesen schützen zumindest theoretisch gegen entsprechende Bestrebungen des Verfassungs- und Gesetzgebers. Für entsprechende landesrechtlich verankerte Ansprüche gilt dies nicht. Dieser Schluss gilt für die Schweiz mit besonderer Prägnanz, weil staatliche Leistungspflichten nur in Ausnahmefällen auf Stufe der Bundesverfassung oder kantonaler Verfassungen verankert sind, und damit den Gesetzgeber in die Pflicht nehmen.

- Die Ablehnung der direkten Justiziabilität des Pakts I hat ferner in der Schweiz zur Folge, dass selbst bei inhaltlicher Identität von Paktrechten und Grundrechten der Bundesverfassung infolge der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit⁴⁷² Individuen nicht mit Erfolg gegen paktwidrige Bundesgesetze vor Bundesgericht vorgehen können.⁴⁷³ Allfällige bestehende Diskriminierungen etwa im Bereich des Sozialversicherungsrechts könnten daher von Betroffenen nicht beseitigt werden.
- Schliesslich hat die Ablehnung der Justiziabilität des Pakts I in Politikbereichen, die in kantonaler Kompetenz liegen, zur Folge, dass die Existenz von durchsetzbaren Ansprüchen in vom WSK-Ausschuss als unmittelbar verpflichtend taxierten Bereichen nicht in einheitlichem Umfang und eo ipso besteht, sondern – wie das Beispiel der Chancengleichheit im Bildungswesen illustriert – wesentlich von der politischen Bereitschaft oder des Problembewusstseins des jeweiligen kantonalen Gesetz- oder Verordnungsgebers abhängt.

⁴⁷² Siehe Art. 190 BV, wonach das Bundesgericht gehalten ist Bundesgesetze anzuwenden, auch wenn sie Verfassungsrecht verletzen.

⁴⁷³ Im Unterschied dazu räumt das Bundesgericht bei Vorliegen eines inhaltlichen Konflikts zwischen Völkerrecht und Bundesgesetzen grundsätzlich dem Völkerrecht Vorrang ein.

LITERATURVERZEICHNIS

ACHERMANN ALBERTO/KÜNZLI JÖRG, Welcome to Switzerland, Sprachenrecht im Zuwanderungsstaat, Bern 2011.

BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007.

PASCAL COULLERY/PAUL MEYER, Gesundheits- und Sozialhilferecht, in: MÜLLER, MARKUS (HRSG.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2013, S. 683 ff.

EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/ SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (HRSG.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008 (Zitiert: BEARBEITER, St. Galler Kommentar zu Art. xx, Rz. yy).

KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, Universeller Menschenrechtsschutz, 3. Aufl., Basel 2013.

KIENER REGULA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013.

KÜNZLI JÖRG, Soziale Menschenrechte: blosse Gesetzgebungsaufträge oder individuelle Rechtsansprüche? Überlegungen zur direkten Anwendbarkeit des UNO-Sozialpaktes in der Schweiz, in: AJP 1996, S. 527-540.

MÜLLER JÖRG-PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008.

SCHNEIDER JAKOB, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte, Studie Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2004.

WINTSCH SANDRA, Flüchtlingskinder und Bildung – Rechtliche Aspekte, Zürich 2008, S. 232 ff.

VERZEICHNIS DER MATERIALIEN DES AUSSCHUSSES FÜR WIRTSCHAFTLICHE, SOZIALE UND KULTURELLE RECHTE

Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Switzerland, 7. Dez. 1998, UN Doc. E/C.12/1/Add.3 (zit. Concluding observations Switzerland 1998).

Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Switzerland, 26. Nov. 2010, UN Doc. E/C.12/CHE/CO/2-3 (zit. Concluding observations Switzerland 2010).

General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant), 14. Dez. 1990, UN Doc. E/1991/23.

General Comment No. 4: The Right to Adequate Housing (Art. 11 (1) of the Covenant), 13. Dez. 1991, UN Doc. E/1992/23.

General Comment No. 5: Persons with Disabilities, 9. Dez. 1994, UN Doc. E/1995/22.

General Comment No. 6: The Economic, Social and Cultural Rights of Older Persons, 8. Dez. 1995, UN Doc. E/1996/22.

General Comment No. 7: The right to adequate housing (Art.11.1): forced evictions, 20. Mai 1997, UN Doc. E/1998/22.

General Comment No. 9: The domestic application of the Covenant, 3. Dez. 1998, UN Doc. E/C.12/1998/24.

General Comment No. 11: Plans of Action for Primary Education (Art. 14 of the Covenant), 10. Mai 1999, UN Doc. E/1999/23.

General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11 of the Covenant), 12. Mai 1999, UN Doc. E/C.12/1999/5.

General Comment No. 13: The Right to Education (Art. 13 of the Covenant), 8. Dez. 1999, UN Doc. E/C.12/1999/10.

General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant), 11. Aug. 2000, UN Doc. E/C.12/2000/4.

General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant), 20. Jan. 2003, UN Doc. E/C.12/2002/11.

General Comment No. 16: The Equal Right of Men and Women to the Enjoyment of All Economic, Social and Cultural Rights (Art. 3 of the Covenant), 11. Aug. 2005, UN Doc. E/C.12/2005/4.

General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author (Art. 15, Para. 1 (c) of the Covenant), 12. Jan. 2006, UN Doc. E/C.12/GC/17.

General Comment No. 18: The Right to Work (Art. 6 of the Covenant), 6. Feb. 2006, UN Doc. E/C.12/GC/18.

General Comment No. 19: The right to social security (Art. 9 of the Covenant), 4. Feb. 2008, UN Doc. E/C.12/GC/19.

General comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 2 Juli 2009, UN Doc. E/C.12/GC/20.

General comment No. 21, Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1a of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 21. Dez. 2009, UN Doc. E/C.12/GC/21.

Summary record of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights of the 37th meeting, Consideration of combined second and third periodic reports of Switzerland, 16. Nov. 2010, UN Doc. E/C.12/2010/SR.37 (zit. Summary record Switzerland 2010).

Zweiter und dritter Bericht der Schweiz über die Umsetzung des Internationalen Paktes über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (UNO-Pakt I), April 2008, (zit. Staatenbericht Schweiz 2008).

